<36629097120013

Die

Anfechtung von Rechtshandlungen,

welche ein Schuldner,

zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist,
zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt,

nach

gemeinem, sächsischem und deutschem Reichsrechte.

Von

Dr. jur. Victor Otto,
Landgerichtsrath.

Leipzig,
Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung.
1881.

Vorwort.

Die vorliegende Schrift hat den hauptsächlichen Zweck, die seit dem 1. October 1879 in Kraft getretene reichsgesetzliche Regelung der Anfechtungslehre systematisch zu behandeln. Vor allem gilt es, die Ausführungen, welche die zumeist vortrefflichen Motiven zu den §§ 22—34 der Deutschen Konkursordnung und zu dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 den knappen Worten der Gesetze an die Seite stellen, auf ihre Verwerthbarkeit für die Interpretation mit sichtender Kritik zu prüfen.

Die Reichsgesetze wurzeln indeß tiefer in dem Boden des gemeinen Rechts, als es auf den ersten Anblick scheinen mag. Es war daher unerläßlich, die gemeinrechtliche Anfechtungslehre zum Ausgangspunkte und zur Folie zu nehmen.

Die Hereinziehung des sächsischen Rechtes zollt der vaterländischen Rechtserziehung des Verfassers Tribut.

Möge sich so das Wagniß, die via trita der Anfechtungslehre zu betreten, rechtfertigen und eine billige Aufnahme finden.

Dresden, im September 1880.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Abkürzungen von Citaten.

Arndts = Arndts, Lehrbuch der Pandekten. Zehnte von Pfaff und Hofmann besorgte Auflage.
Binding = Binding, die Normen und ihre Uebertretung.
Brinz = Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1. Aufl. v. 1857 (in der 2. Auflage ist die Lehre von der actio Pauliana noch nicht behandelt).
Curtius = Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts, 3. bez. 4. Aufl.
Dabelow = Dabelow, ausführliche Entwicklung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger, 1801.
Entscheidungen oder Entsch. des Rchs-OHG.'s = Entscheidungen des vorm. Reichs-Oberhandelsgerichts.
Fischer = Fischer, Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung, 1875.
Franke = Franke, Ueber die Zulässigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt im Archiv für civilistische Praxis Bd. XVI. 1833 S. 125—142, 251—270.
Fuchs = Fuchs, der Deutsche Concursprozeß, 1877.
Göschen = Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, herausgeg. durch Errleben, 1838.
Günther = Günther's Artikel: „Concurs" in Weiske's Rechtslexicon Bd. II.
Hartmann = B. Hartmann, Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879, 1880 (konnte erst vom 8. Bogen ab benutzt werden).
Hasenbalg = Hasenbalg, Zur Lehre von der actio Pauliana, 1874.
Holzschuher = v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Aufl.
Hullmann = Hullmann, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1879.
Huschke = Huschke, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Neue Folge, Bd. XVI. S. 1—130. Abhandlung über A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium, 1857.
Huschke² = Huschke, Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. IX. S. 329 bis 366, 1870.
Keller = v. Keller, Pandecten. Vorlesungen 2c. 1861.
Koch, Pr. KO. = C. F. Koch, Die Preußische Konkursordnung herausgegeben mit Kommentar 2c. 2. Aufl. 1867.
Kori = Kori, System des Concurs-Processes, 2. Aufl. 1828.
Kranichfeld = Kranichfeld, Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, 1880.
Laspeyres = Laspeyres, Ueber Anfechtung von Zahlungen mit der actio Pauliana im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXI. S. 35—100, 1838.
Mandry = Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 1878.
Mankiewicz = Mankiewicz, Beiträge zur Lehre von der actio Pauliana, 1874.
Meischeider = E. Meischeider, Die Preußische Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach den Gesichtspunkten des römischen Rechts. 1864.
Motiven zum Anf.-Ges. od. des A.-G.'s = Abdruck der Motiven zum Entwurf des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 in den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags 4. Legislaturperiode, II. Session 1879 Bd. IV. S. 655 flg.

Motiven zur KO. = Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung für das Deutsche Reich nach dem Abdruck der Vorlage für den Reichstag bei Kortkampf, 1875 S. 1363 flg.
Mühlenbruch = Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandecten-Rechts, 4. Aufl. von v. Madai.
Petersen, Bem. zur KO. = Petersen, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich 1878.
Puchta, Pandekten = Puchta, Pandekten, Ausgabe von Rudorff, 1872.
Puchta, Vorlesungen, Ausg. v. 1862, ebenso.
Reinhart = Reinhart, die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger, actio Pauliana nach römischem und gemeinem Recht, 1871.
Rudorff = Rudorff, Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict, in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. VIII. S. 62 bis 99, 1869.
Sarwey = v. Sarwey, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1879.
Savigny, System = Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
Schey = v. Schey, Zur Geschichte der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. XIII. S. 120—195.
Schmidt = Schmidt, Vorlesungen über das im Königreich Sachsen geltende Privatrecht.
Schönemann = Schönemann, Die Paulianische Klage wegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger, 1873.
Schweppe = Schweppe, System des Concurses der Gläubiger, 3. Ausg. 1829.
Seuffert's Archiv = J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte 2c.
Siebenhaar, Kommentar = Siebenhaar, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, 2. Aufl.
Siebenhaar, Lehrbuch = Siebenhaar, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts, 1872.
Sintenis = Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Dritte Aufl. 1869.
Stieglitz, Bem. zur KO. = Stieglitz, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1879.
Struckmann = H. Struckmann, Ueber die Anfechtbarkeit der datio in solutum mittelst der actio Pauliana in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. XII. S. 277—312.
Unterholzner = K. A. D. Unterholzner's quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen 2c., 1840.
Vangerow = v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen.
Völderndorff = v. Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1879.
Wächter = Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts Bd. II.
Wengler's Archiv = Wengler's Archiv für civilrechtliche Entscheidungen der Sächsischen Justizbehörden.
Wengler, Concurs = Wengler, Der Concurs der Gläubiger nach Königlich Sächsischem Rechte, 1870.
Wengler, Kommentar = Wengler, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1879.
Wilmowski, Anm. zur KO. = v. Wilmowski, Deutsche Reichs-Konkursordnung, 1878.
Windscheid = Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Aufl. 1875.
Zürcher = Zürcher, Die actio Pauliana nach gemeinem Recht und den neueren Codificationen, 1872.

I. Theil.

Die Anfechtung innerhalb des Konkurses.

A. Die Principien der Anfechtung.

I. Gemeines Recht.

Die gemeinrechtliche Lehre von der Anfechtbarkeit der vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommenen, den Gläubigern nachtheiligen Rechtshandlungen beruht fast ausschließlich auf den Quellen des römischen Rechts, vorzugsweise Dig. tit. 42, 8 quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur und Cod. tit. 7, 75 de revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt. Ist man deshalb auch für die Erkenntniß der Principien, welche die ganze Lehre beherrschen, auf die Justinianischen Rechtsbücher angewiesen, so begegnet man einer eigenthümlichen Schwierigkeit. Dem römischen Recht fehlt ein einheitlich gestaltetes und durchgebildetes Klagmittel, welches dem Rechtsbedürfnisse der Anfechtbarkeit gleichmäßig Genüge gethan hätte. Es treten uns eine Mehrzahl von Anfechtungsrechtsbehelfen entgegen, die zu verschiedenen Zeiten — nach Reinhart S. 16 vielleicht seit 191 v. Chr. — entstanden, bei Justinian unterschiedslos durch einander behandelt werden. An jedes einzelne wieder knüpft sich der Zweifel, welchen Gesichtspunkten der dadurch bezweckte Rechtsschutz sich unterordnen lasse und folgeweise, welche Stellung dem Rechtsmittel im Systeme des materiellen Rechts gebühre. Andererseits ist selbst die Zahl dieser Rechtsmittel, die Art ihrer Entstehung und vor allem ihr Verhältniß zu einander der Gegenstand eines noch nicht vollständig ausgefochtenen wissenschaftlichen Streites.

Vergl. von Aelteren abgesehen:

Huschke S. 1—130, 1857; Rudorff S. 62—99, 1869; Huschke[2] S. 329—366, 1870; Reinhart S. 1—92, 1871; Mankiewicz S. 5—37, 1874; Schey S. 120—195, 1878.

Es liegt nicht in meiner Absicht, auf den Kampfplatz dieser historischen Kontroversen mit neuen Waffen hervorzutreten. Ich gedenke mich ausschließlich mit der dogmatischen Seite der Anfechtungslehre zu befassen, und hierfür genügt es, den Standpunkt, welchen ich den Streitfragen gegenüber einnehme, in aller Kürze zu kennzeichnen.

Die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis hatte bis zu Huschke's Deductionen im Wesentlichen nur zwei Anfechtungsrechtsmittel gekannt: die actio Pauliana (gegen den fraudis conscius oder ignarus) und das interdictum fraudatorium (Zürcher S. 5; Schey S. 122 und Note 2), das letztere jedoch zumeist nur als den Anlaß zur Bildung eines eigenthümlichen summarischen Prozeßverfahrens (§ 27). Alle materiellen Grundsätze, welche man in den Quellen für das eine oder das andere der römischen Rechtsmittel vorfand, brachte man auf die einheitliche Pauliana zur Anwendung, Mankiewicz S. 39. In Einem Punkte aber vermochte sich die herrschende Lehre des gemeinen Rechts nicht zu einigen: darüber, welchen rechtlichen Charakter die Eine Pauliana, die man recipirt hatte, an sich trage, speciell ob sie eine persönliche, oder eine dingliche Klage, oder ein Fall der in integrum restitutio sei. In diesem Stücke haben die historischen Kontroversen (entgegen Windscheid II. § 463 Note 1) auch heute noch reelles Leben.

Zunächst eine Uebersicht der römischen Anfechtungsrechtsmittel.

In l. 1; l. 10 § 2, 3, 16, 18; l. 14 D. hoc tit. wird eine auf dem prätorischen Edict beruhende actio überliefert. Sie setzt außer einem fraudationis causa gestum des Schuldners auch die Mitwissenschaft von der betrügerischen Absicht desselben auf Seiten des mit ihm Contrahirenden voraus und geht, nur intra annum zulässig, auf Herstellung des Zustandes, welcher vor der fraudulosen Handlung bestanden hat.

Ihr zur Seite steht nach l. 10 pr. D. h. t., wie aus dem Befehlsworte: „restituas“ im Gegensatz zu dem sonst üblichen actionem s. judicium dabo folgt, ein interdictum, gleichfalls gegen den fraudis conscius gerichtet. In l. 67 § 1, 2 D. 36, 1 ad S. C. Trebellianum, l. 96 pr. D. 46, 3 de solut. und l. 1 Cod. Theod. de int. rest. 2, 16 kehrt dasselbe mit dem Zusatze: fraudatorium wieder. Nach der Ansicht Schey's S. 164 flg. handeln von ihm auch l. 8 und l. 25 § 4—6 D. h. t.

Zufolge der letzten Worte der l. 10 pr. D. h. t. verb. mit l. 6 § 11 ib. will der Prätor causa cognita in factum actio auf die Bereicherung geben, etsi scientia non sit, also auch gegen Erwerber, denen eine Theilnahme an der Gefährdung des Schuldners nicht zur

Last fällt. In gleichem Umfange soll gemäß l. 10 § 24 ib. haec actio (es fragt sich noch, welche haec?) auch nach Ablauf der Jahresfrist gegen jeden, qui lucrum sensit ex fraude, statthaft sein.

Anderweit tritt uns unter der Bezeichnung „Pauliana“ in l. 38 § 4 D. 22, 1 de usur. et fruct. an einer Stelle, wo die Frage erörtert wird, in welchem Maße bei persönlichen Klagen die Früchte zu erstatten seien, und deshalb unzweifelhaft als persönliche charakterisirt, eine Klage entgegen, per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, . . . atque si nihil alienatum esset.

Ganz im Gegentheil wird endlich in § 6 J. 4, 6 de act. als ein Beispiel einer vom Prätor eingeführten dinglichen Klage eine in rem actio zum Zweck der Zurückforderung fraudulos veräußerter Sachen erwähnt. Ja, um das Maß der Zweifel zu erfüllen, hat Theophilus diese dingliche Klage des § 6 — *κινεῖν τὴν* in rem — in der Paraphrase zu den Institutionen mit dem Zusatze commentirt: *ἥτις λέγεται Παυλιάνη*.

Von diesen Rechtsmitteln ist die in personam gehende Pauliana actio in l. 38 § 4 D. 22, 1 de usur. et fruct. ihrem Ziele nach offenbar mit der Klage der l. 1 pr. D. h. t. identisch. Soll doch nach l. 38 § 4 die Pauliana bezwecken, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: genau so wird in l. 10 § 22 D. h. t. verb. mit der Titelsüberschrift und l. 1 § 2 ib. als das Ziel der im Digestentitel 42, 8 geschilderten Klage die Herstellung des vor der Alienation bestehenden Zustandes bezeichnet. Beide tragen nicht eine Spur einer in rem actio an sich. „Pauliana“ ist nichts anderes als eine untechnische, im Munde der römischen Juristen aufgekommene Nomenclatur für das im Titel 42, 8 der Digesten ausführlich behandelte Klagmittel. Gleich der nach l. 1 § 26 D. 38, 5 si quid in fraud. zweifellos persönlichen Fabiana actio auf Revocation der in fraudem patroni facta, welcher sie in l. 38 § 4 D. 22, 1 an die Seite gestellt wird, ist sie auf die Wirksamkeit in personam beschränkt; Reinhart S. 33 flg. (übereinstimmend sein Kritiker Czylarz in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. XV. S. 84); Schey S. 122 flg.

Nicht minder sind die in factum actiones der l. 10 pr. a. E. D. h. t. (Reinhart S. 27; Schey S. 119 flg.) und l. 10 § 24 u. 25, l. 11 D. h. t., wie noch von keinem Rechtslehrer bezweifelt worden, persönliche Klagen und nur Erweiterungen der ursprünglichen edictmäßig eingeschränkten Anwendbarkeit entweder der l. 1 pr. D. h. t. oder des Interdicts.

Schon aus dem bisher Gesagten würde folgen, daß das gemeinrechtliche Anfechtungsklagmittel persönliche Natur haben muß. Denn

mag das fraudatorische Interdict in seinen materiellen Voraussetzungen mit der actio Pauliana vollkommen übereingestimmt haben (Schröter, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. VI. S. 136; Sintenis Bd. II. § 124 II. 6 Note 25; Reinhart S. 45 flg., 63—75) oder in wesentlichen Stücken sachlich von der Pauliana verschieden (Huschke S. 81 flg.; Huschke [2] S. 332 bis 337; Rudorff S. 73 flg.), insbesondere als interdictum adipiscendae possessionis nur gegen den corporis possessor zulässig gewesen sein (Schey S. 160—179); jedenfalls bringt es das Danebenbestehen der Pauliana mit sich, daß man den persönlichen Charakter des gemeinrechtlichen Anfechtungsklagmittels um deswillen festhalten muß, weil er der umfassendere ist, und daher die etwaige dingliche Beschränkung des gleichfalls auf die conscientia fraudis des Gegners gestützten Interdicts in ihm aufgegangen ist.

Hat aber etwa die in rem actio des § 6 J. 4, 6 de act., die nach der Paraphrase mit der Pauliana zusammenfallen soll, auf die Beurtheilung der rechtlichen Natur der Pauliana bestimmenden Einfluß? Soviel muß von vornherein feststehen: die dingliche Klage des § 6 kann mit dem persönlichen Rechtsmittel der Digesten nimmermehr identisch sein, dieselbe römische Klage kann nicht zugleich in rem und in personam gehen. Reinhart S. 19, A. A. Schönemann S. 6. Man muß daher irgend eine andere Vereinigung der Institutionenstelle versuchen. Zuvörderst läßt sich nicht leugnen, daß § 6 von einem in rem gehenden Rechtsmittel handelt, welches den Gläubigern gestattet, eine zu ihrem Nachtheil entfrembete Sache unter der Fiction zurückzufordern, als ob die Sache nie aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben wäre. Am bequemsten wirft man freilich alle Scrupel der Auslegung über Bord, wenn man, wie Dabelow S. 403—405 meint und Fischer Anm. 2 zu S. 2 a. E. geneigt scheint, dem Verfasser der Institutionen zur Last legt, er habe (aus Mißverständniß von Aussprüchen classischer Juristen, z. B. des hac in factum actione dominia revocantur der § 14 D. h. t.) der Anfechtungsklage dingliche Natur beigemessen. Der Annahme eines so groben Irrthums wird man ohne zwingende Nothwendigkeit nicht beitreten können. Immer aber steht man bei dem Versuch der Auslegung des § 6 vor der doppelten Möglichkeit, ob man die Worte bonis ejus a creditoribus ex sententia praesidis possessis zu dem Vordersatze: si tradiderit oder zu dem Nachsatze ziehen will. Die letztere Alternative vertritt z. B. (gleich der Paraphrase des Theophilus) Huschke S. 43 (vergl. Huschke[2] S. 329—366 zur Abwehr gegen Rudorff S. 62—99). Dieser Schriftsteller — ebenso Brinz, Bd. I. § 123 S. 528 — liest deshalb aus § 6 eine

nur den in bona immittirten Gläubigern zustehende in rem actio zum Schutze gegen Sachveräußerungen heraus, welche in die Zeit vor der missio in possessionem fallen. Auf Grund der ferneren auch von Brinz l. c. gemißbilligten These, daß die Gläubiger nach römischem Recht durch die Immission rücksichtlich des gesammten Schuldnervermögens domini loco geworden seien und ein Universalrecht zur Disposition über dieses Vermögen erlangt hätten, construirt sodann Huschke S. 49 flg. (ebenso OAG. Oldenburg 1864, in Seuffert's Archiv, Bd. XVIII. Nr. 86) diese Klage, sie gehe auf Herstellung eines dinglichen Rechts oder eines anders qualificirten, ähnlich der hereditatis petitio als universalis fictiticia rescissoria actio in rem d. h. als dingliche Klage gegen die Verletzung jenes Universalrechts und unter der Fiction, daß dieses Recht schon vor der missio entstanden sei, und behauptet, vornehmlich auf die Worte der Paraphrase des Theophilus: *κινεῖν τὴν* in rem ... *ἥτις λέγεται Παυλιάνη* Gewicht legend, daß diese in rem actio mit der Pauliana der l. 38 § 4 D. 22, 1 de usur. et fruct. identisch sei und in l. 1 bis 9 D. h. t. des näheren behandelt werde. Allerdingt nennt die Paraphrase die dingliche Klage des § 6 *Παυλιάνη*. Aber aus l. 38 § 4 cit. springt doch die persönliche Natur der Pauliana in ungetrübter Reinheit in die Augen und die l. 1—9 D. h. t. geben für die vermeintlich dingliche Natur dieser Klage auch nicht einen entfernten Anhalt. Den letzteren entnimmt Huschke S. 51 dem Gebrauch des Wortes: petere in l. 7 D. h. t., während petere auch in der Lehre von der unleugbar persönlichen actio Fabiana in l. 4 § 1 D. 38, 5 si quid in fraud. patr. v. m. l. 1 § 26 ib. angewandt wird und deshalb ein schlüssiges Kennzeichen der Dinglichkeit nicht abgeben kann. Reinhart S. 24, 36. Der mit besonderer Klarheit geschriebenen l. 38 pr. — § 4 D. 22, 1 aber thut Huschke S. 51 geradezu Gewalt an, wenn er meint, Paulus spreche in ihr zunächst bloß von der persönlichen Fabiana und dem gleichfalls persönlichen interdictum fraudatorium, und erwähne nur nebenher auch die dingliche Pauliana, damit Niemand glaube, es gelte bei dieser etwas anderes über den Umfang der Früchteerstattung. Allein es liegt doch nicht nahe, daß der Leser aus dem über die Früchteerstattung bei persönlichen Klagen Vorgetragenen auf die ebendarüber bei dinglichen Klagen, von denen gar nicht die Rede ist, geltenden Regeln schließe und Paulus durch die Möglichkeit, dieser Schluß möchte ein falscher werden, sich bestimmen lasse, mitten in die Behandlung der persönlichen Klagen eine dingliche hereinzuziehen, ohne das irgend kenntlich zu machen. Reinhart S. 13—15; Wind-

scheid II. § 463 Anm. 15; Schey S. 129 Note 20. Daß auch die These eines Universalrechts der Immittirten zur Disposition über das schuldnerische Vermögen unhaltbar ist, wird von Schey S. 128 flg. schlagend nachgewiesen. Demzufolge findet sich in den Digesten eine dingliche Pauliana nicht vor und es bleibt nur übrig, Huschke's letzte Stütze, welche ihm die Paraphrase des Theophilus bietet, zu erschüttern. Diese Stütze ist die schwächste von allen. Die schülerhafte Unzuverlässigkeit der Paraphrase wird allseits zugestanden, Reinhart S. 20; Dabelow S. 404, 405 Note z; Huschke selbst in der Praefatio zu seinen Institutionen p. XI—XIII: sollte man um ihretwillen sich über die klaren Worte Paulus' hinwegsetzen dürfen? Schey S. 129 bei Note 21; Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patronus rc. S. 96 flg. Anm. 10. Der Huschke'schen Ansicht ist in der Hauptsache Brinz gefolgt; er bricht aber der Dinglichkeit der Pauliana durch Betonung ihrer Delictsnatur die Spitze ab.

Zur Construction der in rem actio des § 6 J. 4, 6 de act. hat man anderweit einen zweifachen Weg eingeschlagen.

Reinhart S. 8 flg., 22 (ebenso Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patronus rc. S. 96 Note 10 und Fischer S. 3) verbindet in § 6 cit. die Worte bonis ejus a creditoribus ex sententia praesidis possessis mit dem Vordersatze si tradiderit, und gewinnt so eine dingliche Klage zum Schutze gegen Sachveräußerungen, welche der Gemeinschuldner erst nach der missio in bona vorgenommen hat. Eine solche Klage würde dem römischen Grundsatze, daß die Verfügungsfähigkeit des Cridars mit der Immission unverändert blieb, zu Hülfe gekommen sein. Jedenfalls würde sie außerhalb des Bereichs dieser Abhandlung fallen, welche lediglich die Anfechtbarkeit solcher Fraudationen zum Gegenstande hat, die von einem nicht in Konkurs gerathenen Schuldner vorgenommen sind.

Doch scheint eine zweite Ansicht den Vorzug zu verdienen. Sie deutet das Rechtsmittel des § 6 als eine in rem gehende in integrum restitutio, mittelst welcher die durch die Veräußerung des Schuldners seinem Vermögen entfremdete Klage als ficticia (verb.: fingitur rem in bonis mansisse) gegen den Erwerber statthaft werde. Schröter, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. VI. S. 137 flg.; Savigny, System Bd. V. S. 26, 27; Böcking, Grundriß der Pandekten § 169 Note 10 *d*; Sintenis I. § 36 C. 3 und Note 89; Keller § 370 S. 695; Vangerow I. § 178 Anm. Nr. 3; Windscheid I. § 116 Anm. 2; Schey S. 190—195. Vergl. Puchta, Vorl. § 100, 3. Eine solche in integrum restitutio (ex capite doli?) würde in Fällen, wo die

persönliche Klage gegen den unmittelbaren Vertragsgenossen des Gemeinschuldners keinen Erfolg verspricht oder erzielt hat, die Rückziehung einer veräußerten Sache auch von einem Dritten ermöglichen, sofern dem Erwerber conscientia fraudis zur Last fällt, wie vermuthlich zu erfordern ist, vergl. Vangerow l. c. und Schey S. 194, obwohl § 6 darüber schweigt. Für diese Auffassung spricht der restitutorische Charakter der persönlichen actio Pauliana, welche eine Erweiterung zur wahren prätorischen Restitution sehr wohl vertrug, ebenso wie die Thatsache, daß in den unverkennbar analogen Fällen des Zwanges und des Betruges neben der actio metus causa und doli in gleicher Weise die unmittelbare prätorische Restitution Platz griff. Für sie spricht auch, daß in dem vorhergehenden § 5 gleichfalls von einer rei vindicatio „rescissa usucapione", also ebenmäßig unter einer zu Gunsten eines Abwesenden eintretenden Fiction gehandelt wird und dies ein unzweifelhafter auf dem Edict des Publicius beruhender Fall der restitutio majorum war; l. 1 § 1 D. 4, 6 ex quibus causis maj. XXV annis. Vergl. noch Schey l. c.

Indeß auch bei dieser Auslegung des § 6 ist für die praktischen Folgen, welche man daraus abzuleiten hat, von entscheidendem Einfluß, ob man die Worte: bonis ejus a creditoribus possessis zu dem Vordersatze oder zu dem Nachsatze zieht. Zuverlässige Gründe für oder wider lassen sich kaum anführen. Windscheid l. c. Nur weil ein soweit gehendes gegen das jus strictum eingeführtes Rechtsmittel eher zu beschränken als zu erweitern sein dürfte, entscheide ich mich dafür, daß ich jene Worte mit dem Vordersatze verbinde. Dann ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf Grund des § 6 nur statthaft gegen Sachveräußerungen, welche der Gemeinschuldner erst nach der missio in possessionem, das ist heutzutage nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat. Dann gehört aber auch das Rechtsmittel des § 6 nicht in den Rahmen dieser Abhandlung und wird in der Folge ganz außer Betracht bleiben.

Zugleich entzieht diese Auffassung des § 6 J. 4, 6 der Meinung derjenigen Rechtslehrer den vorzüglichsten Halt, welche auf Grund des § 6 von einer dinglichen oder genauer von einer bald dinglichen bald persönlichen Pauliana in folgendem Sinne reden. Rudorff S. 94 flg.; Voigt, Ueber die condictiones ob causam Note 744 S. 786; Ed. Schrader ad § 6 Inst. 4, 6 S. 640; Sonnenschmidt, praktische Erörterungen S. 7, 8 Note 3, 4 (1875). Die Pauliana basire auf der Fiction des Nichtgeschehenseins der fraudulosen Veräußerung; sie sei das Mittel, das den Gläubigern die bald dinglichen bald persönlichen

Rechte, welche der Konkursmasse entfremdet worden, wiederherstellen helfe. Je nach der Art des zurückzugewinnenden Objects bemesse sich daher die Janusnatur der Pauliana. Vergl. dagegen auch Schey S. 130, 131.

Negativ steht hiernach das Ergebniß fest, daß dem gemeinrechtlichen Anfechtungsrechtsmittel die dingliche Natur abzusprechen ist. Sein persönlicher Charakter wird heute von der bei weitem überwiegenden Meinung anerkannt. (Anders noch Huschke, Brinz, Rudorff, Voigt, Schrader, Sonnenschmidt, Stahl, das ältere römische Klagenrecht S. 9, Seuffert, Commentar zur Civilprozeßordnung Anm. 1 zu § 27. Die Ansichten älterer Theoretiker bei Mankiewicz S. 11—23.) Das Rechtsmittel — das ist die wichtige Folge — setzt auf Seiten des Gegners nicht Besitz oder Quasibesitz der veräußerten Gegenstände voraus. Auch bezweckt es nicht die Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkungen der nachtheiligen Handlungen des Schuldners durch das Medium des die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach seinem Ermessen gewährenden Prätors, es ist keine in integrum restitutio, sondern eine eigentliche Klage, welche die Ausübung eines Anspruches auf die Aufhebung jener Wirkungen zum Inhalte hat, deren Erfolg deshalb ausschließlich von den objectiven Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs und von dem Willen und der Thätigkeit der benachtheiligten Gläubiger abhängt. Vergl. Sarwey zu § 22 S. 125 Nr. 3, S. 126.

Positiv ist damit nicht entschieden, daß der Anfechtung ein einheitliches Princip zu Grunde liege, wenn auch historisch das zu ihrer Durchführung gegebene Rechtsmittel sich als ein zu einer Einheit verschmolzenes herausgebildet hat. Es sind vielmehr für die weitere Analyse die actio Pauliana der l. 1 flg. und das interdictum fraudatorium der l. 10 flg. D. h. t. einerseits, und die actio in factum der l. 10 pr. a. E. andererseits von einander getrennt zu halten.

A. Bis zur Einführung der actio Pauliana war es rechtlich erlaubt, von einem Schuldner, welcher das Befriedigungsrecht seiner Gläubiger durch Veräußerung von Vermögensbestandtheilen zu verletzen gedachte, die von ihm vor oder nach der missio in bona veräußerten Gegenstände zu erwerben. Die Mitwirkung zur Verkürzung der Gläubiger war den Geschäftsgenossen des Schuldners selbst dann nicht verboten, wenn er bei seiner Theilnahme die verletzende Absicht, die fraus, des Veräußerers kannte. Die Verpflichtung des Schuldners wurde trotz seiner Arglist nicht vermehrt, weil er den Gläubigern aus dem concreten Schuldverhältnisse schon so haftete und die actio de dolo

nur in Ermangelung eines andern Rechtsmittels gewährt wurde, vergl. die bei Windscheid II. § 451 Note 10 c citirten Stellen. Gegen den Erwerber aber konnte die actio doli nicht Statt haben, weil Wissen von der Arglist eines Andern noch nicht selbst als Arglist angesehen wurde. Huschke S. 36; Schmidt Bd. I. S. 113 unter 2; Entscheidungen des Reichs-OHG.'s Bd. X. S. 257. Gleichwohl lief die Irreparabilität des den Gläubigern zugefügten Vermögensnachtheils gegen den mit bewußter Unredlichkeit behafteten Theilnehmer an der schädigenden Handlung (qui fraudem non ignoraverit l. 1 pr.; sciente te l. 10 pr. D. h. t. 42, 8) der aequitas (Keller's Einleitung S. XXIX.; Dabelow S. 409 bei Note f; Binding Bd. II. S. 297) ebenso zuwider wie die unumstößliche Gültigkeit der Handlungen des Betrogenen und des metu coactus vor Einführung der actiones doli und metus. Deshalb schuf der Prätor mit der Einreihung der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium in das Edict, das Unbillige zum civilen Unrecht gestaltend, das Verbot der bewußten Theilnahme an der fraudatorischen Verletzung des Befriedigungsrechts der Gläubiger. Er knüpfte an diesen Thatbestand die Verpflichtung des Geschäftsgenossen des Schuldners an, die unter seiner Mitwirkung herbeigeführte Verkürzung der Gläubigerrechte zu repariren, den Schaden zu ersetzen, und legte in die Hände der Gläubiger, deren Recht auf die ihnen zustehende Befriedigung er zu schützen bezweckte, den sachverfolgenden (reipersecutorischen) Zwang gegen die schuldhafte Verletzung jenes Verbotes.

Der Prätor hätte weiter gehen können. Es stand ihm frei, die Handlungsweise des fraudis conscius mit pönalen Folgen zu belegen. Allein wenn er auch die actio Pauliana gegen den fraudulosen Schuldner mit einer eigenthümlichen Pönalnatur ausgestattet hat (vergl. § 26), das Unrecht seines Geschäftsgenossen sollte die Quelle für eine Straffolge nicht abgeben.

Andrerseits hätte der Prätor der zur Benachtheiligung der Gläubiger dienenden Handlung die rechtliche Anerkennung vollkommen versagen und sie als eine den guten Sitten widerstreitende und deshalb als nichtige bezeichnen können. Der veräußerte Gegenstand würde dann aus den Gütern des Schuldners rechtlich nicht ausgeschieden sein; die Vertragstheile sowohl wie jeder Dritte hätten sich auf die Nichtigkeit des Geschäfts berufen können; die immittirten Gläubiger hätten durch ihren Vertreter, den curator bonorum oder ihren Rechtsnachfolger, den emtor bonorum, das zu ihrer Befriedigung taugliche Vermögensrecht des Schuldners unmittelbar

geltend machen und zu den Gütern, in welche sie eingewiesen waren, zurückziehen können. Auch das hat der Prätor abgewiesen. Das zwischen dem künftigen (nach römischem Recht auch: dem wirklichen, cujus bona possessa sunt) Gemeinschuldner und dem Empfänger des Veräußerten geschlossene Geschäft ist von Anfang an gültig und vollwirksam. Unter den Contrahenten selbst behält es diese Wirksamkeit sogar dauernd und sie können gegen einander weder die Beiseitesetzung noch die Umstoßung des Geschäfts aus dem Grunde erwirken, weil sie beide das Verbot der bewußten Verkürzung der Gläubiger verletzt und insofern unsittlich gehandelt hätten. Obwohl sie Böses gegen die Gläubiger im Schilde führten, hat jeder Theil ein vollgültiges, unanfechtbares Klagrecht gegen den andern. Ja, sogar den Gläubigern gegenüber, deren Verkürzung durch die Fraudationshandlung bewirkt wurde, besteht das Geschäft zunächst mit rechtlicher Gültigkeit und übt die ihm zukommenden Wirkungen so lange, als die Gläubiger davon absehen, den ihnen durch dasselbe erwachsenen Schaden zu beseitigen. Machen die Gläubiger hiervon nie Gebrauch, so wird die Gültigkeit des Geschäfts auf alle Zeit perpetuirt.

Der Prätor hat sich demnach damit begnügt, zur Reaction gegen die schuldhafte Theilnahme an der Verkürzungshandlung dem fraudis conscius die an die Verletzten zu erfüllende persönliche Verpflichtung zur Aufhebung der nachtheiligen Folgen der Handlung (ex nunc) aufzulegen.

Ihrem Rechtsgrunde nach entspringt diese Verpflichtung offenbar nicht innerhalb des Rahmens eines Contracts; denn der fraudis conscius steht bis zur Vornahme der Handlung in gar keinem Rechtsverhältnisse zu den verletzten Gläubigern. Auch die schädigende Handlung an sich reicht objectiv nicht aus, ihn für den Schaden haftbar zu machen. Erst der mit der Handlung verwirklichte bewußte Wille, sich der prätorischen Norm entgegenzusetzen, drückt der Betheiligung des conscius an der Vermögensentäußerung des Schuldners das ihr charakterische Gepräge auf; sein bewußtes Unrecht war es, welches dem Prätor Anlaß zur Statuirung der Schadenersatzpflicht bot. Hieraus folgt:

Seine trotz conscientia fraudis geleistete Mitwirkung zu dem die Schädigung der Gläubiger bewirkenden Geschäfte ist ein Delict. Da der Erwerber die Verkürzungshandlung objectiv immer in Gemeinschaft mit dem veräußernden Schuldner eingehen muß, welcher seinerseits fraudulos, das ist mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit handelt, so kennzeichnet sich das Delict als ein in nothwendiger Theilnahme der beiden Handelnden begangenes. Der fraudis conscius ist aber nicht bloß Gehülfe beim Delicte des Veräußerers,

wie Zürcher S. 7, 30 und neuerdings W. Francke im Archiv für civil. Praxis Bd. LXII. S. 479, 480 (1879) lehrt, sondern es besteht mit und seit der Einführung der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium für ihn (wie für den herausgeforderten Duellanten) die eigene selbstständige Rechtspflicht, seine Betheiligung zur Verkürzung der Gläubiger zu versagen, wenn er die Fraudationsabsicht des Schuldners erkennt.

Der objective Thatbestand des Delictes liegt in seiner Theilnahme an einer Vermögensentäußerung des Schuldners, durch welche den Gläubigern des Letzteren der specifische Nachtheil erwächst, daß ein zu ihrer Befriedigung tauglicher Vermögensgegenstand ihnen entzogen worden ist oder entzogen werden soll. Diesen Schaden auszugleichen, ist das Ziel jener Rechtsmittel. Sie bezwecken, den durch die Fraudationshandlung gestörten, den Gläubigern günstigeren Zustand des Vermögens ihres Schuldners wiederherzustellen, l. 10 § 20 D. h. t., l. 38 § 4 D. 22, 1 de usur. et fruct., sie sind daher auf ein restituere, restaurare, revocare gerichtet — vgl. die Ueberschriften zu Dig. 42, 8 und Cod. 7, 75, und l. 6 § 12; l. 7; l. 10 pr. § 1, 6, 11, 19, 22, 23; l. 14; l. 17 pr.; l. 24; l. 25 § 1, 4—6 D. h. t.; l. 38 § 4 cit. —, und sehr treffend nennt Brinz I. S. 531 die actio Pauliana um dieses Zieles willen eine zur propria actio gewordene in integrum restitutio. Nach alledem kann der Schadenersatzanspruch, zu dessen Verfolgung die Rechtsmittel dienen, seinem Rechtsgrunde und seinem Inhalte nach, nur eine Delictsforderung darstellen, welcher im Systeme des Privatrechts die Einreihung unter die aus unerlaubten Handlungen entspringenden Forderungen gebührt. Windscheid II. § 463. Vangerow III. § 697. Brinz I. § 123. Sintenis II. § 124 Nr. 6. Göschen, Bd. II. 2 § 630 flg. Keller § 370. Holzschuher S. 1059 flg. Schey S. 133 — anders Arndts § 228. Unterholzner Bd. II. S. 92 flg. Mühlenbruch § 174.

In der modernen Doctrin und Gesetzgebung (besonders jetzt von der deutschen Konkursordnung, vgl. jedoch schon Schweppe § 32 u. 33) ist das dargelegte Ziel der Pauliana mit der Formel der „Anfechtung" der fraudulosen Handlungen des Schuldners gegen seinen Geschäftsgenossen bezeichnet worden (nicht von Vangerow, Windscheid, Brinz u. A.). Ich werde mich derselben auch bedienen. Diese Ausdrucksweise schließt am deutlichsten die Annahme aus, daß die fraudulose Handlung, deren Folgen aufgehoben werden sollen, nicht den Mangel der gänzlichen rechtlichen Ungültigkeit an sich trage. Sie

bedeutet, daß die Wirksamkeit des gültigen Geschäftes dem Anfechtungsberechtigten gegenüber auf dessen Verlangen und Geltendmachung so weit außer Kraft gesetzt wird, als zur Reparation der ihm durch das Geschäft verursachten Nachtheile nothwendig ist. Arndts § 79, 2. Satz. Wächter, Bd. II. § 86 S. 655 flg. und Beilage XVII. Nr. 2 zu Pandektenvorlesungen. Sächs. Bürgerliches Gesetzbuch § 107. Insofern stellt sich das Paulianische Anfechtungsrecht den gleichfalls auf delictischem Rechtsgrunde beruhenden actiones de dolo und metus causa, jedoch mit dem Unterschiede an die Seite, daß diese Klagen einer der an dem Geschäfte betheiligten Parteien, dem arglistig Uebervortheilten, dem metu coactus, zustehen, während jenes Recht den verkürzten Gläubigern gewährt wird, welche bei der umzustoßenden Handlung in keiner Weise concurrirt haben.

Wenn dagegen mehrere Rechtslehrer davon sprechen, das aus der actio Pauliana und dem interdictum fraudatorium verschmolzene Anfechtungsrechtsmittel sei auf „Rescission der ganzen fraudulosen Handlung" gerichtet, Günther S. 787; Petzoldt, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XIX. S. 486 u. 487; Wengler, Kommentar zur Konkursordnung S. 241 (vgl. dagegen schon Dabelow S. 443, 444), so ist das zum mindesten ungenau. Die Gültigkeit des Geschäftes zwischen den Contrahenten wird, wie schon bemerkt, durch die Anfechtung nicht alterirt (falsch Fischer S. 55 Z. 8 flg. v. u.), und es ist eine für die actio Pauliana gar nicht in Betracht kommende Frage, welchen Einfluß die zu Gunsten der Gläubiger eintretende Aufhebung der Folgen der Verkürzungshandlung auf das zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Geschäftsgenossen bestehende Rechtsverhältniß ausübe.

B. Die delictische Grundlage der Anfechtung fällt dahin, wenn sie gegen eine Person gerichtet ist, welche von der fraus des Veräußerers keine Kenntniß hatte. Das ist der Fall der actio in factum der l. 10 pr. a. E. D. h. t. 42, 8. Sagte der Prätor im Edict, er werde die Klage auf Fälle erstrecken, etsi scientia non sit, so verließ er das Princip der Pauliana. Schey, S. 179—184, 187. Den mit dem künftigen Gemeinschuldner Contrahirenden, welcher im besten Glauben von seinem Rechte, Verträge zu schließen, Gebrauch macht, kann nicht der Vorwurf einer Unredlichkeit, nicht eine Verschuldung treffen. Welche Gesichtspunkte zur Rechtfertigung der dennoch wider ihn zugelassenen Anfechtung heranzuziehen sind, lassen die römischen Quellen nicht im Dunkel. In zwei Fällen, in denen die Anfechtung

wider den fraudis nescius statthaft ist, motiviren sie das dadurch, daß dem Empfänger des Veräußerten kein Unrecht geschehe, wenn er den durch die Entäußerung des Schuldners gemachten Gewinn herausgebe, während ohnedies die Gläubiger des Schuldners Nachtheil erlitten, l. 6 § 10, 11 D. h. t. Der reine Gewinn auf Seiten des Erwerbers müßte, wenn unanfechtbar, die Verringerung des Maßes der den Gläubigern gebührenden Befriedigung zur Folge haben: dann erscheint die Wiederentziehung der bloßen Bereicherung gegen den Erwerber der dem Privatrecht innewohnenden Idee der Billigkeit mehr entsprechend, als die ohne dieselbe andauernd bewirkte und durch keine Rechtshülfe wieder gut zu machende thatsächliche Verkürzung der Gläubiger. Ist es doch der reine Gewinn des Empfängers nicht allein, welcher seine Revocation gerechtfertigt erscheinen läßt, sondern vor allem die Grundlage, auf welcher er beruht. Er schließt sich an ein in fraudem creditorum gestum des Schuldners, an dessen rechtswidriges doloses, also delictisches Gebahren an. Mandry § 38 Note 8 S. 376. Denn das Erforderniß, daß der Schuldner seinerseits die Fraudationsabsicht gehabt und bethätigt hatte, hielt der Prätor, worin l. 10 pr., l. 6 § 10 D. h. t. nicht mißzuverstehen sind, unverändert aufrecht. Dabelow S. 410 Note i. (gegen Mencken), Franke S. 127. Motiven zu 25 der Konkursordnung S. 1422. In den Fällen, in denen die Anfechtung auch ohne die Betheiligung des Empfängers an dem dolus des Veräußerers Platz griff, characterisirt sich hiernach der Anfechtungsanspruch nicht als eine Delictsforderung, sondern unterliegt den nämlichen Gesichtspunkten, wie diejenigen Forderungen, welche sich auf ein Haben ohne rechtlich anerkannten Grund auf Seiten des Verpflichteten stützen. Es fehlt ihm auch nicht an Analogien. Die gleichen Momente finden nach l. 4 § 29—31 D. 44, 4 de doli mali et met. exc. auf die exceptio doli Anwendung, welche dem Betrogenen in dem Falle zusteht, daß derjenige, welcher vom Betrüger eine Sache aus einem lucrativen Titel erwarb, die Sache vom Betrogenen, in dessen Hände sie wieder gekommen ist, herausfordern würde. Das in Anlehnung an den dolus des Betrügers dem Rechtsnachfolger desselben zugeflossene lucrum wird dem durch das Delict für den Betrogenen verursachten Schaden hintangesetzt, Huschke S. 36 (vgl. dazu § 778 letzter Satz des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs).

Der condictionenrechtlichen Natur des Anspruchs entspricht die engere Begrenzung, in welcher er der Verkürzung der Gläubiger beikommt. Er ist immer auf die Bereicherung beschränkt, welche dem

Anfechtungsgegner aus dem delictischen Entäußerungsakte zugeflossen ist, nicht aber in vollem Umfange auf die Wiederherstellung des vor dem Geschäfte bestehenden Zustandes gerichtet.

C. Abweichende Meinungen.

a) Schönemann S. 9 flg., 39 hat die Meinung aufgestellt, daß der Anfechtungsanspruch der Gläubiger, auch wenn er von einer conscientia fraudis des Gegners nicht abhänge, dennoch ein bewußt-rechtswidriges Gebahren des vom Gemeinschuldner Erwerbenden voraussetze und deshalb ausnahmslos den auf Delict beruhenden Forderungen zuzuzählen sei. Er bezeichnet in solchen Fällen als einen dolus des Gegners das bewußte Behalten der ihm durch das Entäußerungsgeschäft zugekommenen Bereicherung, nachdem der Gegner durch die Klagerhebung in Erfahrung gebracht habe, „wie er sich zum Nachtheile der Gläubiger bereichert und den Erwerb auf eine Weise erhalten habe, die den Gläubigern gegenüber als ein Unrecht, als ein von dem Veräußerer begangenes Delict erscheine. Es widerspreche der Rechtsordnung, daß Jemand einen Gewinn an Werthen machen dürfe, die einem Dritten durch ein Delict entzogen worden seien. Wer sich mit der Rechtsordnung dadurch in Gegensatz stelle, daß er trotzdem die Herausgabe des ihm auf objectiv unerlaubte Weise Zugekommenen weigere, der handle subjectiv unerlaubt, dolos." Die Annahme eines solchen dolus ex post muß schon auf den ersten Anblick verdächtig erscheinen. Als dolos wird sonst nur ein Thun — Handeln oder Unterlassen — Jemandes bezeichnet, durch welches er bewußt widerrechtlich die Ursache zu einer bestimmten Wirkung setzt, als causa in die Außenwelt eingreift. Reines Unterlassen ist nun niemals causal. Das Behalten eines Vermögensgegenstandes, das blose Nichtherausgeben desselben ist wiederum ein reines Unterlassen und nur der frühere Erwerbsakt kann, dafern die Bereicherung um den Gegenstand eine rechtswidrige ist, als Causalität dieser Rechtswidrigkeit in Frage kommen. Bei diesem Akte lag aber hier das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit nicht vor, sondern nur die nachträgliche Ueberzeugung davon soll sich mit dem bereits geschaffenen Erfolge des vorherigen gutgläubigen Handelns verknüpft haben. Kann man deshalb auch von mala fides superveniens sprechen, von dolosem Verhalten kann sicher nicht die Rede sein. Indeß selbst das Zukommen auf eine von selbst gegebene mala fides superveniers scheint unhaltbar. Die Klagerhebung als solche bewirkt nicht, daß der redliche Erwerber sich von dem Delicte des Veräußerers und von der Rechts-

widrigkeit seiner Bereicherung überzeugt. Auch der vollkommenste Beweis der Klage bringt nicht nothwendig mit sich, daß er zu solcher Ueberzeugung gelange; die Thatsache, daß der Beklagte an der gegentheiligen festhält, wäre selbst damit vereinbar, daß der Richter den Beweis der Klage als erbracht ansieht und die Verurtheilung in die Herausgabe der Bereicherung ausspricht. Schönemann müßte deshalb vor allem erkenntlich machen, inwiefern die Ueberzeugung von der rechtlichen Unbegründetheit der Bereicherung dem Erwerber durch die Klagerhebung beikomme und beikommen müsse. Denn wäre die mala fides superveniens des Anfechtungsgegners, wie Schönemann will, in Wahrheit der Rechtsgrund der Anfechtung, so müßte sie auch im Prozesse bewiesen, oder sie müßte fingirt werden. Das erstere verlangt Schönemann nicht, es würde ihm darin auch keine Quellenstelle zur Seite stehen. Es bliebe somit nichts übrig, als eine Fiction der mala fides anzunehmen: dann fragt man aber billig, was mit einer Construction gewonnen wird, welche zu einer Fiction greift, nur um die These zu retten, daß die Grundlage des Anfechtungsanspruchs in allen Fällen eine delictische sei. Die römischen Quellen geben nicht den mindesten Anhalt zur Rechtfertigung dieser Meinung, sie thuen des überkommenden bösen Glaubens für die Fälle, in welchen sie conscientia fraudis des Anfechtungsgegners zur Zeit des Erwerbes nicht erfordern, überhaupt nicht und geschweige denn als Rechtsgrundes der Anfechtung Erwähnung. Schönemann behauptet hierüber S. 11, die Quellen stünden seiner Ansicht wenigstens nicht entgegen. Obwohl mehrere Stellen sagten, conscientia fraudis auf Seiten des Erwerbers sei in bestimmten Fällen nicht erforderlich, so meinten sie doch nur, sie brauche nicht zur Zeit der Vornahme der Entäußerungen vorzuliegen. Damit sei das Erfordern der conscientia fraudis zu einer andern spätern Zeit vereinbar. Allein damit, daß die Meinung Schönemann's, zur Zeit der Klagerhebung sei der Erwerber immer in dolo und müsse dies sein, an sich mit dem Wortlaut der römischen Satzungen verträglich sein könnte, ist sie doch in keiner Weise quellenmäßig belegt. Im Gegentheil scheint sie durch l. 6 § 11 D. h. t. positiv ausgeschlossen zu werden. Hoc tantum [esse quaerendum], an fraudentur creditores kann nur heißen: Es soll allein darauf ankommen, ob die Gläubiger zur Zeit der Geltendmachung der Anfechtung objectiv benachtheiligt sind. Die Ansicht Schönemann's verdient daher gewiß keine Billigung. Ohne Motivirung verdunkelt auch Zürcher S. 7, 30, 31, 38, wie mit der actio in factum gegen den fraudis nescius „ein neues Princip in die An-

fechtungslehre einsetzt." Vgl. gegen sie Schey S. 187. Mankiewicz S. 44.

b) Die Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkurses geschlossenen Geschäfte oder geleisteten Zahlungen ist nichts Anderes, sagt Bar, das internationale Privat- und Strafrecht S. 494 flg., als eine Zurückbeziehung der Wirkungen des Konkurses. Der Konkurs, meint dieser Schriftsteller, sei eine Generalexecution in alle Bestandtheile des schuldnerischen Vermögens; die dadurch bedingte Heranziehung der zu dem Vermögen zurückzuführenden früheren Bestandtheile desselben zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger stelle die Anfechtung dar. So auch AG. Celle in Seuffert's Archiv Bd. XXVII. Nr. 1, 1872. Gewiß ist das Ziel der Anfechtung vergleichbar mit den Folgen, welche die mit der Konkurseröffnung verbundene Generalbeschlagnahme des Vermögens des Schuldners herbeiführt. Der fraudulos veräußerte Gegenstand wird nach Durchführung der Anfechtung so behandelt, als ob er von Anfang an zur Konkursmasse gehört hätte. Deswegen ist aber die Anfechtung in ihrer principiellen Gestaltung noch nicht eine Zurückbeziehung der Wirkungen des Konkurses. Ganz abgesehen davon, daß die Anfechtung auch außerhalb des Konkurses Platz greift, ist eine Zwangsvollstreckung, welche im Wege eines besonderen Prozesses eingeleitet werden mußte, — von einer actio judicati kann bei der Anfechtung nicht die Rede sein — eine Anomalie; und dann gehören doch jedenfalls die durch die Entäußerung vom Schuldner hinweggegebenen Gegenstände nicht mehr zu seinem Vermögen, während Object der Zwangsvollstreckung nur sein wirklich vorhandenes Vermögen bilden könnte. Man müßte deshalb erwarten, daß Bar die anomale Natur, welche die in der Anfechtung liegende Zwangsvollstreckung an sich tragen würde, erklärte und auf den sie erzeugenden Rechtsgrund zurückgriffe: die bloße äußerliche Gleichheit der Wirkungen der Anfechtung und der Wirkungen einer Generalbeschlagnahme kann aber unmöglich dazu berechtigen, das Princip der letzteren zugleich für das Princip der auf wesentlich anderem Wege durchzuführenden Anfechtung auszugeben. Die von Bar übrigens nur beiläufig aufgestellte Formel, die Anfechtung sei eine Zurückbeziehung der Wirkungen des Konkurses, giebt daher über das Princip der Anfechtung überhaupt keine Aufklärung. Vergl. hiezu West im Archiv für civilistische Praxis Bd. 60 S. 358 flg. (1877).

c) Eine andere vornehmlich von der älteren Doctrin vertretene Meinung setzte die principielle Auffassung des Anfechtungsrechts der

Gläubiger in die engste Beziehung zu einem Zustande des Vermögens des Schuldners, in welchem dasselbe zur Zeit oder in Folge der fraudulosen Entäußerung für die Befriedigung der Gläubiger unzulänglich ist. Das Anfechtungsrecht wurde als eine wesentliche Folge des sogenannten imminenten oder materiellen Konkurses betrachtet. Die Widerlegung dieser Theorie wird jedoch zweckmäßig für die Erörterung der einzelnen Voraussetzungen des Anfechtungsanspruches vorbehalten, vergl. § 16.

§ 2.

II. Sächsisches Recht.

In der principiellen Gestaltung des Anfechtungsrechts ist das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863 dem gemeinen Rechte lediglich gefolgt. Dasselbe behandelt die Veräußerungen zur Benachtheiligung der Gläubiger unter den aus unerlaubten Handlungen entspringenden Forderungen III. Theil 2. Abtheilung 2. Abschnitt Nr. VIII. §§ 1509—1518. Damit ist jeder Zweifel an der persönlichen Natur des Anfechtungsanspruches beseitigt. Gleichwohl kennzeichnet die a potiori entnommene Einreihung unter die Delictsforderungen nur seinen regelmäßigen Charakter, das ist unter der Voraussetzung, daß der Empfänger des veräußerten Gegenstandes um die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gewußt hat, § 1513, 1. Satz. Dagegen bildet in den Fällen, in welchen eine Theilnahme des Erwerbers an dem dolus des Veräußerers nicht erfordert wird, den Rechtsgrund der Anfechtung wie § 1517 in Verbindung mit § 1513, 2 deutlich zeigt, gleichwie im gemeinen Recht die Bereicherung des Erwerbers, sofern sie sich auf das vom dolus des Veräußerers influirte Rechtsgeschäft und mithin auf einen rechtlich nicht anzuerkennenden Grund stützt. Entscheid. des Reichs-OHG.'s, Bd. XVII. S. 292 flg. identisch mit Wengler's Archiv, Bd. III. S. 395 flg. und dasselbe Archiv, Bd. V. S. 791 flg. (OAG. Dresden); Annalen des K. S. Oberappellationsgerichts zu Dresden, N. F. Bd. V. S. 478 und 479 (nur auf den Fall von conscientia fraudis des Erwerbers bezüglich). In dem Präjudicat Annalen, N. F. Bd. III. S. 130 ist das Oberappellationsgericht Dresden in einem Zusammenhange, nach welchem sowohl das gemeine als das durch das Gesetzbuch geschaffene Recht getroffen werden soll, von der richtigen Meinung insofern abgewichen, als es dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der betrüglichen Absicht des Schuldners auf die Anfechtbarkeit eines lucrativen Geschäfts, für welche die Mitwissenschaft des Erwerbers von der Ver-

kürzungsabsicht des Schuldners nicht von nöthen ist, keinen wesentlichen Einfluß beimißt. Nach § 1509 verb. 1513, 2 ist allerdings das Erfordern und der Beweis der Benachtheiligungsabsicht des Schuldners auch für die condictionenrechtlichen Fälle des Anfechtungsanspruchs wie im gemeinen Rechte unerläßlich. Vergl. Wengler's Archiv, Bd. V. S. 482.

Nur in dem Stücke hat sich das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch wie der vor seinem Inkrafttreten in Sachsen geübte Gerichtsbrauch von dem gemeinen Recht entfernt, daß ein dolus des Schuldners in allen Fällen nur dann angenommen wird, wenn er die Veräußerung im Stande der Insolvenz vornimmt oder sich durch dieselbe zahlungsunfähig macht. Vergl. darüber § 16, 2.

Die principiellen Besonderheiten des Sächsischen Gesetzes vom 30. Juni 1868 §§ 1 und 2, eine Beschränkung der Wirksamkeit der von Ehegatten vorgenommenen Veräußerungen u. s. w. betreffend, werden zu abgesonderter Darlegung (§ 38) hier ausgeschieden.

§ 3.

III. Deutsche Konkursordnung.

Auch die Konkursordnung des Deutschen Reichs vom 10. Februar 1877 hat den Satzungen über die Anfechtung (I. Buch 3. Titel §§ 22—34) im Wesentlichen die nämlichen Principien zu Grunde gelegt, wie das gemeine Recht. Es rechtfertigt nach ihr nicht minder entweder ein delictisches Verhalten des Anfechtungsgegners (§§ 24, 23 und 33) oder eine ungerechtfertigte Bereicherung desselben (§ 25), die durch den Konkursverwalter auszuübende Befugniß der Konkursgläubiger, die vor der Konkurseröffnung vorgenommenen ihnen nachtheiligen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners als ihnen gegenüber unwirksam zu behandeln und ihre Folgen zu beseitigen (§ 22). Damit ist die persönliche Natur des Anfechtungsanspruchs zum klaren Ausdrucke gebracht, ebenso wie der gemeinrechtliche Gedanke, daß die anzufechtenden Rechtshandlungen an sich, das ist: ohne die Anfechtung, gültig und zwischen den Kontrahenten auch dauernd wirksam sind. Motiven zur KO. S. 1409 und zum Anf.-Gesetz S. 659; Sarwey Anm. 3 zu § 22 S. 123, 124 und 126; Wengler, Komm. zur KO. Bem. II. 4 b zu § 22 S. 192; Wilmowski Anm. 3 zu § 22 S. 109; Petersen Bem. III. 1 und 2 zu § 22 S. 124, 125; Stieglitz Bem. II. zu § 22 S. 127; Mandry § 38 II. S. 384 und 385. Speciell in dem Falle des § 24 Z. 1 (Preuß. KO. vom 8. Mai

1855 § 103 Z. 1) wird die Verschuldung des Erwerbers in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht als die Bekanntschaft mit der Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen und mithin als die Betheiligung an der dolosen Rechtsverletzung des Schuldners charakterisirt.

Die Principien des gemeinen Rechts haben jedoch in zwei Punkten Modificationen oder Erweiterungen erfahren.

1. Die Konkursordnung statuirt in § 23 Z. 1 (Preuß. KO. § 100 Abs. 1) eine dem gemeinen und sächsischen Recht nicht bekannte Auffassung einer Delictsschuld des Anfechtungsgegners. Sie befindet darin, daß der Letztere von der Zahlungseinstellung des Schuldners oder von dem Antrage auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu seinem Vermögen Kenntniß hatte und dennoch auf Grund bestimmt gearteter Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen des künftigen Gemeinschuldners erwarb, ein die Anfechtbarkeit dieser Rechtsakte begründendes schuldhaftes Gebahren des Geschäftsgenossen des Schuldners.

Die Motiven zur Konkursordnung präcisiren dieses Gebahren als eine wissentliche Verletzung des Konkursanspruchs der Gläubiger und rechtfertigen dies durch die folgenden Erwägungen. Die Eröffnung und Durchführung des Konkursverfahrens verwirkliche den rechtlichen Anspruch jedes Gläubigers, daß im Falle des Zahlungsunvermögens des Schuldners und der Kollision der gegen denselben bestehenden Forderungen dessen gesammtes Vermögen zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen vorhandnen Gläubiger und ausschließlich unter diese verwendet werde. Dieser Anspruch, welcher von den Motiven mit einer bisher in der Wissenschaft nicht gebräuchlichen Bezeichnung: „Konkursanspruch" belegt wird, S. 1368, 1408, 1409, 1416, werde durch die richterliche Entschließung, daß das Verfahren zu eröffnen sei, nicht erst zur Entstehung gebracht, sondern nur bestätigt. Erzeugt werde er durch das Eintreten der thatsächlichen Voraussetzungen, welche das Gesetz (§§ 94, 193,1, 195, 203) für die Eröffnung des Konkursverfahrens feststelle. Sei der Anspruch einmal entstanden, so müsse der Schuldner zwar zur Wahrung der Sicherheit des Verkehrs verfügungsfähig bleiben, aber doch verhindert sein, zum Nachtheile seiner Gläubiger zu verfügen, und sich nur als Verwalter seines Guts betrachten dürfen. Er verletze den Konkursanspruch, wenn er nach dieser Zeit Handlungen vornehme, welche die Verwendbarkeit der Bestandtheile seines Vermögens zur Befriedigung seiner Gläubiger in Frage stelle oder vereitele. Die Begründung des Konkursanspruchs trete nun äußerlich nicht mit der Zahlungsunfähigkeit

2*

des Schuldners oder mit der Unzulänglichkeit seines Vermögens hervor, da dies thatsächliche Zustände seien, welche für Dritte nur mit Schwierigkeit erkennbar werden. Es geschehe solches vielmehr erst durch die Zahlungseinstellung des Schuldners (vergl. § 20 unter 2 unt.) oder durch den Antrag auf Konkurseröffnung, gleichviel ob er vom Gemeinschuldner selbst oder von einem Gläubiger gestellt werde. Kenne ein Dritter, welcher vom Schuldner erwirbt, diese Thatsachen, so nehme er Theil an der dem Schuldner verbotnen Verletzung des Konkursanspruchs der Gläubiger. Darin liege seine Schuld.

Der Gedanke dieses sogenannten Konkursanspruchs der Gläubiger ist ebenso geistreich wie in der Wissenschaft neu. Man mag indeß über seine Verwerthbarkeit zur Erklärung anderer Rechtssätze des materiellen oder formellen Konkursrechts denken wie man will, und ich habe die Absicht mich an anderem Orte hierüber zu verbreiten: daß er zur Rechtfertigung des § 23 treffend oder auch nur richtig und haltbar sei, muß auf das Bestimmteste verneint werden. Vergl. auch Mandry § 38 Note 14 S. 381.

Allerdings verfolgt das Konkursverfahren den Zweck, die gesetzmäßige Vertheilung des Vermögens des Schuldners zur ausschließlichen und formell gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger herbeizuführen. Dieser Zweck ergreift aber augenscheinlich nur dasjenige Vermögen, welches zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden ist. Ehe das Verfahren eröffnet ist, läßt sich von einem Vermögen, das zur konkursmäßigen Vertheilung unter die Gläubiger gebracht werden müßte, ebensowenig reden wie von einem Anspruche der Gläubiger auf solche Vertheilung. Die Motiven legen überwiegendes Gewicht darauf, daß schon mit dem Eintritt der materiellen Voraussetzungen der Konkurseröffnung, mit der Gestaltung einer Vermögenslage, welche die jederzeitige Zulässigkeit der nur durch Zufall früher oder später wirklich erfolgenden Eröffnung rechtlich begründe, der nämliche Anspruch der Gläubiger zur Entstehung gelangen müsse. Allein der Anspruch auf konkursmäßige Vertheilung entsteht damit in Wirklichkeit noch nicht; eine Geltendmachung eines Anspruchs mit diesem Inhalte ist zu der Zeit undenkbar, denkbar sind nur Schritte zur Vorbereitung oder Einleitung der Konkurseröffnung oder (Motiven zu § 22 S. 1409) Arreste, Eintragung von Verwahrungen und sonstige Maßregeln einzelner Gläubiger zur Sicherung einer erfolgreichen Durchführung des eventuellen künftigen Anspruchs sämmtlicher Gläubiger auf konkursmäßige Befriedigung. So wie nach römischem Recht erst mit der missio in bona par conditio omnium creditorum begründet wurde,

so entsteht mit der Zahlungsunfähigkeit nur der formellrechtliche Anspruch, darauf anzutragen, daß der Konkurs eröffnet und damit die Voraussetzung geschaffen werde, unter welcher allein jener materiellrechtliche Befriedigungsanspruch der Gläubiger existent wird. Eine Verletzung des Konkursanspruchs kann daher nur durch Rechtshandlungen, welche in die Zeit nach der Konkurseröffnung fallen, bewirkt werden. Man könnte dieser Ausführung einhalten wollen, der Konkursanspruch entstehe dennoch mit dem Eintritt der thatsächlichen Voraussetzungen der Konkurseröffnung, aber er schlummere bis dahin, und sei der Entfaltung, der rechtlichen Geltendmachung nicht fähig. Man könnte ihm das Verhältniß der betagten Forderung zur Seite stellen und sagen, mit der Konkurseröffnung komme zu der schon begründeten Forderung nur der dies veniens und die Möglichkeit der rechtlichen Vollwirksamkeit hinzu. Indeß die Konkurseröffnung bildet ein unbedingtes *formelles* Erforderniß des Anspruchs; ihr Hinzutritt erzeugt deshalb nicht bloß die Fälligkeit und Verfolgbarkeit des Anspruchs und wirkt nicht bloß declarativ, sondern sie wirkt constitutiv, wie überall, wo für die Entstehung eines Anspruchs die Erfüllung einer bestimmten Form essentiell ist. Bleibt die Konkurseröffnung immer aus, so bringt das Vorhandensein ihrer materiellen Voraussetzungen nie die Befugniß der Gläubiger hervor, die Vertheilung des Vermögens gemäß den Grundsätzen des Konkurses zu verlangen. Bevor die wesentliche Formbedingung eintritt, kann der von ihr bedingte Anspruch nur den nichtigen zugerechnet werden, wie eine donatio immodica vor der actis insinuatio eben keine oder eine nichtige donatio ist. Jeder Eintritt einer Formbedingung ist aber eine Thatsache, welche nur durch Zuhülfenahme einer Fiction auf einen früheren Zeitpunkt zurück datirt werden könnte. Eine solche Fiction aufzustellen, beabsichtigt die Konkursordnung nach den Motiven nicht, ebenso wie die Motiven die Fiction des Eintritts der Verfügungsunfähigkeit des Cridars mit Energie zurückweisen. Seinem letzten Grunde nach ist der sog. Konkursanspruch ja nichts anderes als das Recht auf Befriedigung überhaupt, als das ganz gewöhnliche Forderungsrecht, so wie es dem späteren Konkursgläubiger von Anfang an zugestanden hat. Dieses Recht wird beschränkt und daher verletzt, wenn der Schuldner in Folge eingetretener Zahlungsunfähigkeit außer Stande geräth, der demselben entsprechenden Verbindlichkeit neben anderen gleichen Rechtspflichten in vollem Umfange und zur rechten Zeit zu genügen. Durch das Konkursverfahren soll diese Verletzung der collidirenden Befriedigungsrechte auf ein thunlichst

geringes Maß zurückgeführt werden. Deswegen wird aber nicht die rechtliche Natur des Forderungsrechts irgendwie verändert, weder durch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, noch selbst durch die Einleitung des Konkurses. Dem Forderungsrecht wird nur von dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung ab (§ 2 der KO.) einerseits eine eigenthümliche Kraft beigelegt, andererseits eine Last aufgewälzt. Die Kraft besteht darin, daß das einzelne Forderungsrecht jedenfalls und ohne von den Rechten anderer Konkursgläubiger ausgeschlossen zu werden, an der Befriedigung aus dem zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandnen Vermögen (§ 1 der KO.) Theil nehmen, und daß die Befriedigung keiner anderen Forderungsrechte als der den Konkursgläubigern zustehenden aus der Masse erfolgen darf. Dagegen erwächst dem Forderungsrecht die Last, daß es die Befriedigung anderer Konkursgläubiger neben sich dulden muß und seine eigene Befriedigung nur innerhalb des Verfahrens suchen und erwarten darf. Meinetwegen mag man diese mit der Eröffnung des Verfahrens gegebene Ausstattung des Forderungsrechts Konkursanspruch nennen, obwohl man damit einseitig die vis, und nicht auch das onus zum Ausdrucke bringt. Man mag nur nicht mit den Motiven und mit der auf ihren Schultern stehenden Ausführung Schultze's, das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1. Abschnitt S. 9 flg., verkennen, daß jene Einwirkungen, welche jedes einzelne Forderungsrecht auf das andere ausübt, nicht schon mit der Zahlungsunfähigkeit entstehen und daß die letztere nur eine der Prämissen bildet, auf welchen die geschilderte Ausstattung des Forderungsrechts von der Zeit der das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit declarirenden Konkurseröffnung ab beruht.

Nach alledem kann sich, wer vor der Konkurseröffnung ungeachtet seiner Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Konkurseröffnungsantrage die in § 23 der KO. bezeichneten Geschäfte eingeht, nicht der Verletzung des Konkursanspruches schuldig machen. Gleichwohl ist die ratio des § 23 unverkennbar. Er bezweckt, daß faktisch für die Konkursgläubiger nach der Konkurseröffnung möglichst der Zustand hergestellt werde, welcher bestanden hätte, wenn der Konkurs mit dem Augenblicke des Zusammentreffens seiner materiellen Voraussetzungen auch formell eröffnet worden wäre. Es wäre unbillig gegen die Konkursgläubiger, wenn ihnen gegenüber alle in der Zwischenzeit vorgenommenen das Maß ihrer Befriedigung herabdrückenden Akte vollwirksam blieben, bei denen der vom Gemeinschuldner Erwerbende schon die Kenntniß der Konkurserfordernisse

besaß. Das gemeine und das sächsische Recht hatten eine solche Unbilligkeit nur darin befunden, daß Jemand an der Vermögensentäußerung des Schuldners unter Mitwissenschaft der fraus des Veräußerers sich betheiligt hatte. Die Konkursordnung stellt dagegen das verschärfte Verbot auf, nach erlangter Wissenschaft der die Einleitung der Konkurseröffnung rechtfertigenden Thatsachen zu bestimmten den Gläubigern nachtheiligen Rechtshandlungen des Schuldners mitzuwirken. Schon gegen die Verletzung dieses Verbotes läßt sie den sachverfolgenden Zwang der Anfechtung zu Gunsten der Gläubiger zu. Die Gültigkeit des Geschäftes zwischen den Contrahenten wird deswegen wiederum nicht in Frage gestellt, sondern nur an das Gebahren des Verletzenden die Pflicht zur Reparation des durch seine Handlung erzeugten Schadens angeknüpft. Da aber auch hier die Schadenersatzverbindlichkeit auf das bewußte Unrecht des Anfechtungsgegners und nicht schon auf sein objectives Verhalten zu der Entäußerung des Schuldners sich gründet, charakterisirt sich der aus § 23 abgeleitete Anfechtungsanspruch ganz wie die actio Pauliana als eine Delictsforderung, welche aus dem Systeme des Obligationenprivatrechts nur des Schutzes halber, den sie den geschädigten Konkursgläubigern gewährt, in den Bereich der Konkursordnung transferirt ist. Mit dieser rechtlichen Natur des Anspruchs steht es im Einklang, wenn der Inhalt und Umfang der Haftung des aus § 23 belangten mit den Verbindlichkeiten des aus § 24 pflichtigen Anfechtungsgegners vollkommen übereinstimmt. Motiven zu §§ 30—32 S. 1429, Stieglitz Bem. II. a. E. zu § 30 S. 174.

Hierin liegt das Princip des § 23 Z. 1 erschöpft. Der Anfechtungsgrund, auf dem § 23 beruht, ist deshalb nicht, wie Völderndorff Anm. a zu § 23 S. 267 mit der herrschenden Meinung sich ausdrückt, ein ganz neuer, dem gemeinen Recht fremder. Denn der Gedanke einer Delictsschuld des Anfechtungsgegners bleibt gewahrt, und nur die Präcisirung der Schuld, nur die Bestimmung der delictischen Erfordernisse des daraus erwachsenden Schadenersatzanspruchs ist eine neue.

In der Kommission des Reichstags zur Berathung der Konkursordnung (Protok. S. 19, 20) ist darüber verhandelt worden, welche Reihenfolge den Bestimmungen der § 23 flg. im Gesetze zu geben sei. An sich ist diese Reihenfolge vollkommen gleichgültig. Nur die Motivirung, mit welcher der Regierungskommissar Hagens (vermuthlich der Autor der Konkursanspruchsidee) die schließlich beibehaltene Aufeinanderfolge der Paragraphen empfohlen hat, giebt zu einem Worte Anlaß. Hagens bemerkte gegenüber dem Antrage des Abgeordneten

Goldschmidt auf Voranstellung des § 24, des Normalfalles des gemeinen Rechtes, es müsse damit gebrochen werden, daß man den Anfechtungsvorschriften das gemeinrechtliche System zu Grunde lege. Durch die Voranstellung des § 23 habe man scharf ersichtlich machen wollen, daß in § 23 kein Ausfluß der gemeinrechtlichen Anfechtungsklage, keine Art Betrugs, sondern ein selbstständiger lediglich aus dem Konkursverhältnisse entnommener Anfechtungsgrund getroffen werde.

Nach meiner Auffassung ist das richtige Verhältniß der §§ 23 und 24 vielmehr dieses. Es sind weder die Vorschriften des § 23 ein Ausfluß derjenigen des § 24, noch basiren die des § 24 auf denen des § 23. Wohl aber sind beide der Ausfluß des einheitlichen Gedankens, daß der wissentlichen Entfremdung von zur Befriedigung der Gläubiger dienlichen Vermögensgegenständen seiten eines Dritten der sachverfolgende Zwang der Anfechtung entgegentreten solle. Die Charakterisirung des Delictsmoments ist in beiden Fällen eine verschiedene; die Thatsache aber schon, daß bei beiden die Verwerthung des Delictsmoments gleichmäßig zu Grunde liegt, zeigt die enge Verwandtschaft des § 23 mit der gemeinrechtlichen Idee des § 24 und kennzeichnet den § 23 als eine Fortbildung der letzteren, als den jüngeren, schneidigen Bruder der römischen Schwester actio Pauliana. Vergl. zu § 23: § 100 Abs. 1 der Preuß. KO. und § 78 des Sächs. Entwurfes einer KO.

2. Von den Fällen, in welchen das gemeine und sächsische Recht von dem Erfordernisse einer Schuld des Anfechtungsgegners absehen (ihre Aufzählung §§ 21 und 22 unt.), hat die Konkursordnung in § 25 nur den einen wichtigsten hervorgehoben, daß der Gemeinschuldner durch eine unentgeltliche Verfügung den Geschäftsgenossen bereichert. Sie hat jedoch in diesem Fall entgegen dem gemeinen und sächsischen Recht (S. 17) an der Voraussetzung, daß der Gemeinschuldner die lucrative Zuwendung mit der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, verfüge, nicht festgehalten.

„Schenkungen sind der Anfechtung zu unterwerfen", sagen die Motiven zu Buch I. Tit. III. S. 1412, „ohne Unterschied, ob in Folge derselben die Gläubiger nur thatsächlich oder auch absichtlich um das Ihrige gebracht sind.

Den Gläubigern (Motiven S. 1423) verschlägt es wenig, ob der Schuldner aus Großmuth, aus Eitelkeit, um seinen Kredit aufrecht zu erhalten, oder um seine Gläubiger zu betrügen, die Schenkung vorgenommen hat. — Und wenn den Beschenkten sein bester Glaube nicht davor schützen soll, den Gläubigern die Bereicherung herauszugeben, welchen Unterschied soll es für ihn machen, ob sein Schenkgeber die Treue gegen seine Gläubiger bewahrt oder verletzt hat?"

War daher nach gemeinem und sächsischem Recht der Condictionsanspruch begründet, weil die Bereicherung des Anfechtungsgegners sich an die fraus des Schuldners anschloß, so liegt der Mangel eines rechtlich anzuerkennenden Grundes, welchem der Anspruch nach § 25 der Konkursordnung (Preuß. KO. § 102 Z. 2) entspringt, nur in dem Verhältnisse, daß die unentgeltliche Verfügung gleichzeitig die Benachtheiligung der Gläubiger und die Bereicherung des Beschenkten bewirkt, und die Aufrechterhaltung der auf lucrativer causa beruhenden letzteren gegenüber dem positiven Schaden der Gläubiger unbillig erscheint. Im letzten Grunde schlägt dann die allgemeine Tendenz moderner Rechte durch, daß, wer Schaden leidet, bei dem, der auf Grund des schädigenden Ereignisses einen reinen Gewinn machte, sich wegen seines Schadens soll erholen dürfen, daß qui de damno vitando certat, demjenigen vorgehen soll, qui lucrum tantum captat. So ist der Anfechtungsanspruch des § 25 von jeder delictischen Grundlage losgelöst; um so gewisser hat er rein condictionenrechtliche Natur. Mandry § 38 S. 376; Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts Bd. II. § 128 Nr. 3; Völderndorff Anm. a und Note 3 zu § 25 S. 300 flg.

3. Mandry § 38 S. 376, 377 (vergl. auch Stieglitz Bem. III. zu § 30 S. 174) will den von der Konkursordnung gegebenen Anfechtungsanspruch, sofern derselbe sich auf ein Delict des Anfechtungsgegners stützt, nicht als einen delictischen, sondern nur als einen quasidelictischen gelten lassen. Müßte man dem zustimmen, so würde darin eine weitere Abweichung von den Principien des gemeinen und sächsischen Rechts zu erblicken sein. Ich glaube jedoch nicht, daß Mandry Recht hat. Den Ausgangspunkt für seine Meinung bilden die von der Konkursordnung in § 23 Z. 2, § 24 Z. 2 und § 33 Abs. 2 Z. 2 aufgestellten Rechtsvermuthungen für die Schuld des Anfechtungsgegners (§ 34 unt.). Diese Vermuthungen lassen ausnahmslos den Gegenbeweis der Unschuld zu. Freilich ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Fällen dem Anfechtungsgegner der Beweis der Negative seiner in Wahrheit vorhandnen Unkenntniß der die Schuldannahme begründenden Umstände faktisch unmöglich ist. Dann kommt die Vermuthung seiner Unredlichkeit im Resultate einer Fiction seiner Schuld gleich und der Anfechtungsgegner haftet, obwohl ihn eine Verschuldung nicht trifft. Allein diese Thatsache berechtigt meines Erachtens noch nicht, den Anfechtungsanspruch nur als einen quasidelictischen gelten zu lassen. Denn niemals darf die Charakterisirung eines Anspruchs von der Regelung der Beweislast für den

Fall seiner Geltendmachung und überhaupt von der richterlichen Beurtheilung der ihn im concreten Falle begründenden thatsächlichen Umstände abhängig gemacht werden.

B. Die materiellen Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs.

I. Die Vermögensentäußerung des Schuldners.

§ 4.

1. Im Allgemeinen.

Nach den übereinstimmenden und deshalb hier zweckmäßig zusammengefaßten Grundsätzen der drei Rechtssysteme, mit welchen diese Abhandlung sich beschäftigt, bildet den Gegenstand der Anfechtung ein gültiges Rechtsgeschäft im weitesten Sinne dieses Wortes, welches der Schuldner vor Eröffnung des Konkurses entweder mit einem Anderen oder zu Gunsten eines Anderen vornimmt.

Darin ist eine Beschränkung nach drei Richtungen ausgesprochen.

Einmal fallen Handlungen, bei denen der künftige Gemeinschuldner — oder wie selbstverständlich sein Stellvertreter — nicht auch als Mithandelnder betheiligt ist, außerhalb des Bereichs der Anfechtung, z. B. eigenmächtige Akte seiner Gläubiger, welche sich durch solche aus seinem Vermögen Befriedigung verschaffen (Motiven zur KO. S. 1414, Petersen Bem. I. 2 zu § 22 S. 119), ebenso wie rein zufällige Verminderungen des Vermögens, selbst wenn ein Anderer durch sie erwerben sollte, Zürcher S. 8 Z. 3.

Sodann genügt nicht ein den Gläubigern noch so nachtheiliges Handeln des Schuldners, aus welchem ein Anderer nicht irgend welche Vortheile zu ziehen vermag, wie in der Regel die Vernichtung von Sachen, die chicanöse Beseitigung von Beweismitteln durch den Schuldner. Daß Letzterer die Rechtshandlung unter thätiger Betheiligung eines Anderen vornimmt, ist mit dieser Anforderung nicht ausgedrückt. Auch einseitige Handlungen des Schuldners, dafern sie nur einem Anderen Gewinn bringen, z. B. Schenkungen, welche der Annahme des Beschenkten nicht bedürfen (§ 1054,2 verb. 1050 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs), stellen anfechtbare Verfügungen dar.

Endlich wird ein gültiges Rechtsgeschäft vorausgesetzt. Würde das Geschäft von vornherein nicht zu Recht bestehen, so braucht es auch nicht erst angefochten zu werden. Die Behauptung, das Geschäft sei nichtig gewesen, und die directe Zurückforderung des Veräußerten auf Grund des Rechts, welches dem Schuldner daran zustand, bildet

deshalb als Geltendmachung der Nichtigkeit einen Gegensatz zu der Anfechtung der Rechtshandlung, Brinz § 123 S. 529. Es war eine nicht zu billigende Verirrung der Preußischen Konkursordnung § 103 Z. 1 und 2, § 373 Z. 1, § 393 Z. 1 und des Preuß. Anf.-Ges. vom 9. Mai 1855 § 7 Z. 1, daß sie zum Scheine vorgenommene Veräußerungen des Gemeinschuldners der gleichen Anfechtung wie an sich gültige Geschäfte unterwarfen. Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. II. § 128, III. bei und in Note 20. Da Scheinverträge nichtig sind, sofern nicht etwa die Absicht der Paciscenten auf ein anderes wirkliches unter der Gestalt des Scheingeschäfts eingegangenes Geschäft gerichtet war (pactum dissimulatum), gehören sie nicht in das Gebiet der Anfechtung, Stieglitz Bem. IV. zu § 24 S. 149; Motiven zu § 24 der KO. S. 1421.

Maßgebend für die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts ist aber sein Inhalt und der Erfolg, auf welchen es hinzielt. Ein Geschäft des Schuldners, welches für ihn ausschließlich einen Erwerb, eine Bereicherung herbeiführen kann, unterliegt der Anfechtung niemals. Dem anfechtbaren Geschäft muß die Möglichkeit einer Kausalität zur Hervorbringung des Erfolges beiwohnen, daß die Gläubiger des Schuldners nicht mehr oder in geringerem Maße, als es ohne das Geschäft der Fall wäre, befriedigt werden. Diese Eigenschaft hat nur ein Rechtsgeschäft, welches das mindestens eventuelle Aufgeben irgend eines zu dem Vermögen des Schuldners bereits gehörigen Gegenstands zu Gunsten eines Anderen zum Inhalt hat, mit Einem Worte: nur eine Vermögensentäußerung kann der Anfechtbarkeit unterliegen.

Das prätorische Edict und die römischen Quellen drücken zwar die anfechtbaren Handlungen ganz allgemein und unter Betonung des weiten Umfanges, den diese Worte haben — nam late ista verba patent — durch: quaecunque fraudationis causa gesta erunt, quaecunque Lucius Titius fraudandi causa fecit aus, l. 1 pr. § 2 und l. 10 pr. D. h. t. 42, 8, ohne übrigens, wie Huschke S. 25 flg. (vergl. Huschke [2] S. 332—337) annimmt, einen Unterschied zwischen gestum und factum zu machen, Schey S. 144; Reinhardt S. 42 flg.; Rudorff S. 71 flg.; Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patronus 2c. S. 98 flg. Anm. 12. Doch haben die Handlungen, welche die Quellen als Beispiele fraudatorischer anführen, sämmtlich das Gemeinsame, daß, wie l. 3 § 2 ib. bezeichnend sagt, debitor aliquid fecit, ut desinat habere, quod habet, sich also eines Bestandtheils seines Vermögens entäußert. Man kann darauf unbedenklich auch den Begriff der Veräußerung, alienatio, anwenden, wie dies in der Ueberschrift

zu tit. 7, 75 Cod., in l. 38 § 4 D. 22, 1 de usur. et fruct. und in § 1509 flg. des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs geschehen ist Veräußerung ist dann im weitesten Sinne zu nehmen und bedeutet jede willentliche Herbeiführung eines Vermögensobjects (Windscheid I. § 69 bei Note 8 flg.), „jede Vermögensminderung," wie § 1510 des Sächsischen Gesetzbuchs erläutert, „sie beziehe sich auf Sachen, Rechte an Sachen oder auf Forderungen". Die Deutsche Konkursordnung bedient sich hierfür der generellen im wesentlichen gleichbedeutenden Ausdrücke: Rechtshandlungen §§ 22, 23 Z. 1, 2. Thl., § 24, Verfügungen § 25, Rechtsgeschäfte § 23 Z. 1, 1. Thl., nach den Motiven zu § 22 S. 1414 aus dem Grunde, weil der Begriff der Veräußerung (es wird nicht gesagt, wie die Motiven diesen Begriff fassen würden) auf alle anzufechtenden Akte nur mit Zwang passe.

Zu den fraudationis causa gesta gehört deshalb das Aufgeben eines Rechts unter gleichzeitiger Uebertragung desselben auf einen Anderen, z. B. Verkauf l. 7, 8 D. h. t., Kauf, Tausch, Schenkung, l. 6 § 11 D. h. t., sie beruhe auf Vertrag oder nicht (§ 1054 Sächs. Bürgerliches Gesetzbuch), die Rückveräußerung einer erworbenen Sache zufolge Ausübung des Redhibitionsrechts l. 43 § 7 D. 21, 1 de aed. ed., Dotirung, l. 25 §§ 1 und 2 D. h. t., Abtretung einer Forderung ohne Unterschied des ihr unterliegenden Rechtsgrundes, also auch wenn die Abtretung an Zahlungsstatt erfolgt (Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1871 S. 377, 382 flg., identisch mit Annalen des K. Oberappellationsgerichts Dresden, N. F. Bd. IX. S. 449) und erst recht, wenn sie als bloße Anweisung in vim mandati ausgesprochen wird (Wochenblatt 1871 S. 185 flg. identisch mit cit. Annalen, N. F. Bd. IX. S. 240 flg.), ferner auch die Begründung einer dinglichen Last an einer Sache l. 10 § 15 D. h. t. und die Dereliction einer Sache, damit ein Anderer sie occupire l. 5 D. h. t. (Unterholzner Bd. II. S. 93; Sintenis Bd. II. § 124 Anm. 26 a. E.).

Allgemein gesagt kann jede Gattung von Verträgen, sofern ihre Erfüllung das Vermögen des Schuldners beeinträchtigt und nicht in der Leistung rein persönlicher Verbindlichkeiten desselben besteht, den Charakter der anfechtbaren Vermögensentäußerung annehmen — Hingabe und Aufnahme von Darlehen, Societät, Vergleich, Neuerung, Anerkenntnißvertrag, Verbürgung, intercessionsweise Pfandbestellung zu Gunsten eines Anderen u. s. f. Selbst gültige aleatorische Verträge, welche seiten des Schuldners erfüllt sind, sind davon nicht ausgenommen, so lange die alea noch schwebt und deshalb der Ausgang

des Geschäfts dem Gemeinschuldner noch ungünstig sein kann, oder dafern die alea bereits zum Nachtheile ausgefallen ist. Wäre im Gegentheil der Ausgang des Vertrags bereits zu Gunsten des Schuldners entschieden, so würde seine das Vermögen nur bereichernde Wirkung auch die Anfechtbarkeit beseitigt haben.

Weiter ist zur Veräußerung auch der Verzicht auf ein Recht ohne dessen Uebertragung auf einen Andern zu rechnen, wenn nur der Verzicht unmittelbar zum Vortheil eines Andern gereicht. Deshalb nicht: die bloße Dereliction einer Sache, wohl aber der Verzicht auf ein dingliches Recht an einer fremden Sache, z. B. auf ein Pfandrecht l. 2, l. 18 D. h. t., auf einen Nießbrauch l. 10 § 15 ib., ebenso wie der Verzicht auf eine Forderung durch Acceptilation oder formloses pactum l. 1 § 2, l. 17 D. h. t.

Auch prozessuale Handlungen des Schuldners, welche Verfügungen zum Nachtheile der Gläubiger enthalten können, z. B. fraudulose Zugeständnisse, sind für die Anfechtbarkeit geeignete Entäußerungen. Fällt doch darunter nach l. 3 pr. D. h. t. jedes praebere exceptionem, das ist das Versetzen des Vertrags- oder Prozeßgegners in eine Lage, in welcher ihm eine Einrede, Replik 2c. gegen einen ohne dies begründeten Anspruch des Gemeinschuldners zuständig wird, z. B. die Einräumung von Retentions- oder Compensationsbefugnissen.

Es genügt endlich ein Willensakt des Schuldners, durch welchen nicht das Ausscheiden eines Vermögensgegenstands aus seinem Vermögen bewirkt, sondern nur eine geänderte Vertheilung des Gesammtvermögens im Konkurse zum Schaden der nicht berücksichtigten Gläubiger, also nur ein Ausscheiden aus der auch für die Befriedigung der übrigen Gläubiger dienlichen Vermögensmasse herbeigeführt wird. Darin liegt die Eigenthümlichkeit der Bestellung eines Pfandrechts für eine eigene Verbindlichkeit des Gemeinschuldners (Hasenbalg S. 5 und 6) oder die Einräumung eines die bevorzugte oder die gesonderte Befriedigung im Konkurse mit sich führenden Rechts zu Gunsten einzelner Gläubiger.

Dagegen unterliegt an sich der Anfechtbarkeit nicht ein Geschäft des Schuldners, mittelst dessen er über fremde Vermögensstücke verfügt. Würde er z. B. die im Eigenthum eines Anderen stehenden Mobilien vielleicht sogar mit Zustimmung des Eigenthümers verkaufen, so verschlechtert er dadurch die Lage seines eigenen Vermögens zunächst und wenigstens so lange nicht, als er zur Erfüllung des Verkaufes im Stande ist. Sofern aber aus dem Geschäft gegen den Schuldner ein

Interesseanspruch erwächst, ist auch die Anfechtbarkeit des Verkaufes begründet.

Mehrere Gruppen von Vermögensentäußerungen, vor allem die sogenannten Deckungsgeschäfte, und bestimmte Momente des Begriffs der Entäußerung bedürfen demnächst weiterer Prüfung und eingehender Entwicklung (§ 5—15).

§ 5.

2. Im Besonderen.

a) Die Abweisung einer Vermögensvermehrung.

Eine Vermögensentäußerung hat dem Wortsinn nach zum Gegenstande nur, was Jemand schon in sein gegenwärtiges Vermögen erworben hat oder was Jemand zufolge eines bereits begründeten Vermögensrechts (unter aufschiebender Bedingung oder Befristung) in Zukunft dazu erwerben würde und für den Fall des wirklich erfolgenden Erwerbes aufgiebt; Wächter § 84 IV. 1a S. 639, 640 und Beilage XVIII. Nr. 1 zu Pandektenvorlesungen.

Zum Vermögen im weitesten Sinne gehören auch die Rechte auf einen Erwerb oder Nichterwerb, ich meine diejenigen, welche dem Rechtssubjecte die Wahl eröffnen, etwas zu erwerben oder nicht zu erwerben und daher zu einer Vermehrung seines Vermögens hinführen, dafern er nach der ersteren Richtung hin von seiner facultas alternativa Gebrauch macht. Wem eine Sache zum Geschenke angeboten wird, kann die Schenkung annehmen oder ausschlagen. Schon daß der Offerent das Schenkungsanerbieten gemacht hat und bis zu rechtzeitiger Gegenerklärung daran gebunden ist, begründet für den Oblaten das Recht auf den Erwerb oder Nichterwerb der zu schenkenden Sachen, die alternative Füglichkeit, Forderungsberechtigter zu werden oder nicht, und ich trage kein Bedenken, diese Füglichkeit als einen Theil seines Vermögens anzusehen. Wird sie doch auf seine Erben übertragen, wenn das Anerbieten nicht seinem ursprünglichen Inhalte nach blos an die Person des Erblassers und an dessen Lebenszeit geknüpft ist. Macht nun der Berechtigte von seinem Wahlrechte den Gebrauch, daß er den angebotenen Erwerb zurückweist, so liegt darin kein Verzicht auf die facultas acquirendi sive repudiandi, sondern nur die Ausübung der in seinem Belieben stehenden Wahl, nur die ordnungsmäßige Erschöpfung des Inhaltes des Rechts. Es enthält dies ebensowenig ein Aufgeben seines Rechts, wie wenn das Subject einer wirklichen alternativen Forderung, kraft der demselben freisteht, entweder die Sache a oder den Gegenstand b sich leisten zu lassen, die

ausschließliche Leistung des Gegenstandes b verlangt. Aus diesem Grunde bildet die Ablehnung einer bloßen Erwerbsaussicht, die Unterlassung einer angebotenen Vermögensvermehrung, soweit sie die Ausübung eines Rechtes auf einen Erwerb oder Nichterwerb darstellt (nolle adquirere, id agere, ne locupletetur l. 6 pr. — § 5 D. h. t. 42, 8), den begrifflichen Gegensatz zu einer Vermögensentäußerung (deminutio patrimonii Schey Note 41 S. 137). Könnte der Oblat in dem obigen Beispiele sagen: ich meinerseits will von dem Rechte aus dem Schenkungsanerbieten gar keinen Gebrauch machen; ich will es dem X. überlassen, ob er die Schenkung annehmen oder ausschlagen will, so wäre der Begriff der Vermögensentäußerung gedeckt. Allein sein Recht aus der Offerte ist unter Lebenden nicht übertragbar; in der Natur jedes Anerbietens zu einem (auch zweiseitigen) Vertrage liegt es, daß der Offerent nur dem concreten Oblaten sich hat verpflichten und damit jene alternative Füglichkeit hat eröffnen wollen. Deshalb ist eine eigentliche Entäußerung dieses Rechts unter Lebenden abgeschnitten. Selbstredend würde hingegen nicht mehr eine Entäußerung dieses Rechts, sondern das Aufgeben der auf Grund des Rechts erworbenen Forderung vorliegen, wenn der Oblat das Anerbieten annehmen und den Gegenstand des hierdurch vollzogenen Erwerbes einem Anderen zum Erwerbe überlassen („zu Gunsten eines Anderen verzichten") würde.

Im Uebrigen braucht das Recht auf den Erwerb oder Nichterwerb seinen Grund nicht etwa nothwendig in einer Vertragsofferte zu haben. Es kann für jeden oder nur für bestimmte Personen ipsa lege begründet sein. Ersteres ist z. B. bei dem Rechte auf die Occupation herrenloser Sachen oder bei dem partikularrechtlichen Recht aus dem Finden verlorener Gegenstände, letzteres bei dem Rechte des paterfamilias auf den Nießbrauch an den Adventicien des Hauskindes der Fall. Vergl. hierzu die Classificationen Dabelow's S. 468 flg.

Hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Abweisung von Vermögensvermehrungen gelten nun die folgenden positiven Rechtssätze.

I. Gemeines Recht.

Die Anfechtung ist principiell und consequent auf die Zurückweisung einer Erwerbsaussicht nicht erstreckt. Es giebt keine Rechtspflicht für den Schuldner, daß er sein Vermögen zu Gunsten seiner Gläubiger vergrößert, l. c. und l. 134 D. 50, 17 de reg. juris, oder mit anderen Worten von dem Wahlrechte auf einen Erwerb oder Nichterwerb ausschließlich den in der Annahme des Anerbietens

liegenden Gebrauch mache. Gleichgültig ist hierbei, ob die Abweisung des Erwerbes äußerlich in der Form einer positiven Handlung, eines Ausschlagens, oder in der Gestalt einer reinen Unterlassung auftritt, z. B. im Falle des Nichtantretens einer Erbschaft innerhalb der vom Erblasser dafür gesetzten Frist oder im Falle der Nichterfüllung einer für den Schuldner potestativen aufschiebenden Bedingung, an welche der Erwerb geknüpft ist. Was im einzelnen Falle ein blos angebotener oder ein schon vollzogener Erwerb ist, läßt sich lediglich nach den speciellen Rechtsnormen bestimmen, welche auf den Fall Anwendung leiden.

Einige erbrechtliche Fälle verdienen besondere Hervorhebung.

Nach gemeinem Recht ist die Delation einer dem heres voluntarius zufallenden Erbschaft für ihn nur die Eröffnung einer Erwerbsmöglichkeit, das höchstpersönliche Recht, zwischen dem Erwerb oder Nichterwerb der Erbschaft zu wählen. Deshalb bleibt das Ausschlagen einer solchen Erbschaft seiten des Schuldners nach l. 6 §§ 2 und 5 D. h. t. der Anfechtung entrückt (A. A. Schilter „foro Canonico et Conscientiae“ nach dem Citate bei Schey Note 76 S. 146).

Anders findet der Erwerb eines Legats ohne Wissen und Willen des Bedachten in der Regel schon mit dem Anfalle, also mit dem Tode des Erblassers statt. Schlägt daher der Legatar aus, so entäußert er sich eines bereits vollzogenen Erwerbs, eines wirklichen Theils seines Vermögens und nach l. 5 § 8 D. 27, 9 de reb. eor. qui sub tut. liegt ein Fall einer unzweifelhaften alienatio vor. Nichtsdestoweniger soll die fraudulose Repudiation des Legats zufolge l. 6 § 4 D. h. t. unanfechtbar sein; es wird somit ausnahmsweise der Erwerb eines Legats einer bloßen Erwerbsmöglichkeit gleich behandelt. Wächter § 84 Note 20 S. 640; Arndts § 560 Anm. 2 S. 913 unten; Windscheid III. § 643 Anm. 2.

Dagegen weicht von der Regel nicht ab die Bestimmung in l. 19 und 20 D. h. t., l. 67 § 1 D. 36, 1 ad Sen. Cons. Treb., wonach die Ausantwortung einer Erbschaft an den Universalfideicommissar ohne den Abzug der sog. Trebellianischen Quart der Anfechtung der Gläubiger nicht ausgesetzt sein soll. Als Grund geben die citirten Stellen an, weil der Erbe in voller Treue blos dem Wunsche des Erblassers nachkomme. Ganz richtig geht die Verpflichtung des Erben an sich auf Restitution der ganzen Erbschaft an den Fideicommissar, das Recht auf den Abzug der Quart ist nur das gesetzliche Anerbieten eines Erwerbes gelegentlich der Erfüllung der Restitutionsverbindlichkeit und die Mithingabe der Quart daher nicht die Verschenkung eines Vermögensbestandtheils, sondern die Abweisung jenes Erwerbsaner-

bietens und als solche unanfechtbar. Dasselbe muß, obwohl die Quellen hierüber schweigen, von dem Recht auf den Abzug der eigentlichen Falcidischen Quart bei Erfüllung von Singularvermächtnissen gelten.

Ob die Abstinenz eines suus heres von der Erbschaft, welche ihm wie das unbedingte Legat ipso jure mit dem Tode des Erblassers erworben wird, ein fraudationis causa gestum bilden kann oder nicht, darüber fehlen gleichfalls ausdrückliche Vorschriften in den römischen Rechtsbüchern. Meischeider S. 30 und die Motiven zur Deutschen Konkursordnung zu § 22 S. 1415 behaupten zwar unter Berufung auf l. 6 pr. §§ 2 u. 4 D. h. t. 42, 8 und l. 28 pr. D. 50, 16 de verb. sign. das Bestehen solcher Vorschriften und Hullmann Note 2 zu Anm. 9 bei § 1 S. 51 glaubt sich für die gleiche Meinung auch auf l. 20 § 4 D. 29, 2 de acqu. vel om. her. und l. 12 pr. D. 11, 1 de interr. in jure fac. beziehen zu können. Allein in den ersteren Stellen ist nur von repudiare, omittere hereditatem die Rede, Ausdrücke, welche nur auf den voluntarius heres anwendbar sind, da in den von dem beneficium abstinendi handelnden Titeln der Justinianischen Rechtsbücher Inst. 2, 19 de hered. qual., Dig. 29, 2 de acqu. vel om. her., Cod. 6, 51 de repud. vel abst. her. und soweit mir bekannt, auch sonst in ihnen die Lossagung des suus heres nur durch das technische abstinere hereditate wiedergegeben wird. Ebensowenig vermag ich den von Hullmann angeführten Stellen irgend welchen Bezug auf die berührte Frage zuzuerkennen (vergl. auch Sarwey Note * S. 145). Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift bleibt nun nichts übrig, als für das gemeine Recht die Entschlagung des suus heres von der ipso jure erworbenen Erbschaft der Regel der Anfechtbarkeit unterliegen zu lassen. Der von dem Legatserwerbe geltende entgegengesetzte Grundsatz des gemeinen Rechts ist als Ausnahmebestimmung ungeachtet der unverkennbaren Aehnlichkeit des Rechtsverhältnisses erstreckender Auslegung nicht fähig.

II. Sächsisches Recht.

Die gemeinrechtliche Begrenzung der Anfechtung auf Entäußerungen bereits erworbenen Vermögens beruht auf keinerlei philosophischem allgemeingültigen Grunde und ist lediglich Sache der legislativen Erwägung. Es ist deshalb erklärlich, daß das sächsische Partikularrecht seit der decisio XXV. vom 2. Juli 1746 von den vorstehenden gemeinrechtlichen Sätzen in wesentlichen Stücken sich entfernt hat. Diese Decision, welche in ihrem ersten Abschnitte Handlungen des Schuldners aus der Zeit nach der Konkurseröffnung berührt und insoweit nicht hierher gehört, bestimmt von den Worten an: „Trüge es sich auch

ferner zu ꝛc." Folgendes: Wenn ein in Abfall der Nahrung gerathener Schuldner einer Erbschaft oder sonst eines Rechts sich begebe, soll auf Ansuchen des curator litis — vergl. darüber § 25, 2 — in dem nachher eröffneten Konkurse unter der Voraussetzung des Beweises, daß der Nahrungsabfall schon zur Zeit der Renunciation vorhanden gewesen ist, wogegen dem Schuldner sowohl als dem, zu dessen Besten die Entschlagung gereichte, der Gegenbeweis vorbehalten bleibt, nach Befinden auf Ungültigkeit der geschehenen Renunciation erkannt werden. Es fragt sich, welche Akte unter dem „Sich-Begeben einer Erbschaft oder sonst eines Rechts" zu verstehen sind. Nach der Geschichte der Entstehung der XXV. Decision, welche bei Gottschalk, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. III., historische und exegetische Bemerkungen über die XXV. der Ch. S. Decisionen v. J. 1746, S. 216—224 ausführlich dargelegt ist, und unter Heranziehung des ersten Abschnittes der Decision ist dies dahin zu beantworten. Dem Schuldner soll nicht freistehen, eine angefallene Erbschaft, auf welchem Grunde auch die Delation beruhe, ein ihm anfallendes Vermächtniß oder eine Schenkung auf den Todesfall, und ein für ihn zu verhoffendes Nießbrauchsrecht, vor Allem das gesetzliche des Ehemannes am Vermögen der künftigen Ehefrau oder am künftigen Vermögen der angetrauten Frau, und das des Vaters am künftigen Vermögen der Hauskinder, auszuschlagen und darauf zu verzichten. Als Ausschlagung einer Erbschaft soll es auch angesehen werden, wenn der Schuldner eine zu seinen Ungunsten geschehene sog. exheredatio bona mente gegen sich gelten läßt, vielmehr die Anfechtung dieser Ausschlagung bis zum Betrage des ihm gebührenden Pflichttheils zulässig sein. Gottschalk l. c. S. 230, 231 verb. 226. 227. Meines Erachtens fällt nach dem Sinne der Decision unter die anfechtbaren Abweisungen eines angebotenen Erwerbs auch, wie ich gegenüber dem Zweifel Curtius' § 583 unter a bemerken möchte, die Unterlassung des Abzugs der Trebellianischen oder Falcidischen Quart. Dagegen würde man fehlgehen, wenn man im Anhalt an die Worte: „sonst eines Rechts" die durch dec. XXV. eingeräumte Anfechtung auf die Entschlagung von andern Erwerbsmöglichkeiten, z. B. auf die einer angebotenen Schenkung unter Lebenden erstrecken wollte. Das römische Recht war hiernach dahin abgeändert, daß nunmehr die Ausschlagung der Erbschaft durch den voluntarius heres in den Kreis der Anfechtung hereingezogen, die römischrechtliche Ausnahme aber, welche die Repudiation des Legats, obwohl eines vollzogenen Erwerbs, als unanfechtbar behandelte, beseitigt war.

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch hat die Bestimmungen der decisio XXV. nicht allenthalben aufgenommen. Es rechnet in § 1511 die Ausschlagung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses und einer Anwartschaft zu den anfechtbaren Veräußerungen. Die Abweisung des Erwerbes eines Nießbrauchsrechts ist deshalb unangreifbar geworden. Der Verzicht auf den Abzug der erwähnten Quarten hat sich mit deren Wegfall erledigt. Bezüglich der exheredatio bona mente ist die besondere Vorschrift des § 2577 getroffen.

Schmidt Bd. II. § 178 A. 2 S. 150 bemerkt hierzu, die in § 1511 statuirte Unanfechtbarkeit der Ausschlagung einer deferirten Erbschaft stehe ganz im Einklange mit der Vorschrift des § 2010 des Gesetzbuchs, wonach das jus succedendi ausnahmslos (und nicht blos in besonderen Transmissionsfällen) auf die Erben des nach dem Anfalle, aber vor der Antretung verstorbenen Berufenen übergehe. Diese Bemerkung könnte, vornehmlich für die Frage, ob die Erbschaftsentschlagung nach dem Inkrafttreten der Deutschen Konkursordnung in Sachsen der Anfechtung anheimfalle, zu Mißverständnissen Anlaß bieten. Es liegt allerdings für den Gesetzgeber, der die Vererblichkeit des Delationsrechtes sanktionirt, näher, die Ausschlagung der angefallenen Erbschaft der Anfechtung zu unterwerfen, als für ein Rechtssystem, welches die höchstpersönliche Natur des Anfallsrechtes festhält. Allein das Recht aus der Delation hat nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche trotz seiner Vererblichkeit vollkommen die gleiche rechtliche Natur wie in den römischen Quellen bewahrt; es ist unverändert die bloße Füglichkeit für den Delaten oder dessen Erben geblieben, den ihnen angebotenen Erwerb zu realisiren und steht im striktesten Gegensatze zu dem erst mit der Antretung sich wirklich vollziehenden Erwerbe der Erbschaft selbst (§ 2250). Das Recht, ein dem Erblasser gemachtes Schenkungsanerbieten anzunehmen oder auszuschlagen, ist von jeher auf die Erben des zu Beschenkenden übergegangen; dessenungeachtet hat noch Niemand die Ablehnung des Schenkungsanerbietens der Anfechtbarkeit unterwerfen wollen. Es wäre deshalb ein Irrthum, wenn man die Ausschlagung der Erbschaft um des in § 2010 adoptirten Principes willen als das Aufgeben eines vollzogenen Erwerbes und aus diesem Grunde als anfechtbar betrachten wollte. Vielmehr ist das Verhältniß der §§ 2010 und 1511 dahin zu präcisiren: die Ausschlagung der deferirten Erbschaft ist zwar die bloße Abweisung einer angebotenen Vermögensvermehrung; sie soll aber ausnahmsweise hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit dem Verzichte eines bereits vollzogenen Erwerbes, einer wirk-

lichen Veräußerung gleichbehandelt werden. Mit dieser Auffassung stimmt vortrefflich die Aeußerung der spec. Motiven S. 842 Z. 2 überein, wonach die Unangreifbarkeit der Erbschaftsentschlagung aus dem rein historischen Grunde beibehalten worden ist, um es insoweit bei den Vorschriften der decisio XXV von 1746 zu belassen.

III. Die Deutsche Konkursordnung

kehrt zu dem gemeinrechtlichen Grundsatze zurück, daß die Anfechtung auf Entäußerungen erworbenen Vermögens beschränkt bleiben soll. Sie selbst spricht dies zwar nicht ausdrücklich aus, aber die Motiven zu § 22 S. 1415, welche für die Auslegung in diesem Punkte maßgebend erscheinen, entwickeln diesen Grundsatz ausführlich, ja in einer Richtung schießen sie sogar über das Ziel hinaus. Sie stellen den gemeinrechtlichen Grundsatz als einen allgemeingültigen dar, der „von keiner Gesetzgebung verlassen worden sei und verlassen werden könne". Sie meinen, wenn eine Handlung einen Erwerb ausgeschlossen habe, so liege keine Verletzung der Gläubiger vor, es sei in keinem Moment ein zu ihrer Befriedigung verwendbares Mittel vorhanden gewesen, ihnen also auch nichts entzogen worden, und es könne ihnen kein Recht darauf zugestanden werden, daß der Schuldner behufs ihrer Befriedigung etwas erwerbe. Die Motiven gehen hierin entschieden zu weit. Was sie sagen, ist als legislative Erwägung von dem Standpunkte aus vollkommen gerechtfertigt, den sie dem Gesetz und dessen jede Interpretation zulassenden Ausdrucke: „Rechtshandlung" von vornherein vindiciren. Die philosophische Bedeutung, welche sie für den gemeinrechtlichen Grundsatz in Anspruch nehmen, wohnt ihm aber ganz sicher nicht bei. Was kann den Gesetzgeber hindern, schon in der Ausschlagung eines möglichen Erwerbes seiten des Schuldners eine Verletzung der Gläubiger zu befinden und diesen allerdings ein Recht darauf einzuräumen, daß der Schuldner den Erwerb zwecks ihrer Befriedigung nicht von sich weise? So streng auch begrifflich die Abweisung einer Erwerbsaussicht und die Entäußerung eines Vermögenstheils aus einander zu halten sind: praktisch besteht zwischen der Ablehnung eines angebotenen Geschenks und zwischen der Verschenkung eines in das Vermögen erworbenen Gegenstandes im Verhältnisse zu den Gläubigern kein Unterschied; beide Akte liefern für die Gläubiger das gleiche Ergebniß, daß ein Objekt, welches unter der Voraussetzung des ihnen vortheilhaften Handelns des Schuldners zu ihrer Befriedigung tauglich sein oder werden würde, thatsächlich zu diesem Zwecke nicht verwendet wird. Daß aber ein Gesetzgeber den

gemeinrechtlichen Grundsatz verlassen hat und demnach auch verlassen konnte, dafür bietet die XXV. chursächsische Decision v. J. 1746 und § 1511 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs den unzweideutigsten Beweis. Den Motiven sind auch diese Gesetze nicht entgangen (S. 1415, 1372); sie scheinen aber zu verkennen, daß die Ausschlagung der angefallenen Erbschaft in Sachsen wirklich nur die Ablehnung eines möglichen Erwerbes, ein nolle adquirere darstellt, weil Anfall und Erwerb der Erbschaft nach § 2250 des Gesetzbuchs auch bei dem suus heres des gemeinen Rechts nicht zusammentreffen; oder sie gehen von der, wie unter II. gezeigt worden, nicht haltbaren Unterstellung aus, als wolle § 1511 eine Ausnahme von § 2250 festsetzen und für die Eine Frage der Anfechtbarkeit die Delation der Erbschaft zum schon vollzogenen Erwerbe stempeln.

Die falsche Basis, auf welcher die Motiven fußen, verleitet sie alsdann zur Inconsequenz in der Durchführung des von ihnen adoptirten gemeinrechtlichen Grundsatzes. Sie sagen ganz richtig, es könne von den verschiedenen deutschen Gesetzgebungen verschieden beantwortet sein und bleiben, ob etwas als schon erworben oder als noch nicht erworben anzusehen sei, danach möge insbesondere auch die Frage beantwortet werden, ob eine Entsagung von Erbschaften und Vermächtnissen der Anfechtbarkeit unterworfen oder entzogen sei. Im Anschlusse hieran berichten sie jedoch und zwar augenscheinlich in dem Sinne, als ob diese Bestimmungen neben der Deutschen Konkursordnung fortdauernd Geltung behielten, davon, wie das römische Recht jene Entsagungen als unanfechtbar, § 1511 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs aber als anfechtbar ansehe.

Allein nur eines von beiden kann richtig sein.

Entweder hängt die Anfechtbarkeit in Zukunft wirklich nur von der Auffassung des partikularen Privatrechts darüber ab, ob der Anfall von Erbschaften und Vermächtnissen nur die Füglichkeit eines Erwerbes eröffne oder einen realisirten Erwerb enthalte.

Oder es sind die partikularrechtlichen Bestimmungen über die Anfechtbarkeit des Verzichts auf Erbschaften und Vermächtnisse neben der Konkursordnung bestehen geblieben: dann ist der Vordersatz falsch, daß die Frage, ob Anfechtbarkeit oder nicht, lediglich je nachdem das Landesgesetz vollendeten Erwerb oder facultas adquirendi sive repudiandi annehme, sich bestimmen soll.

Consequent und haltbar von beiden ist offenbar nur das erstere. Die grundsätzliche Begrenzung des Anfechtungsrechts auf Entschlagung von Bestandtheilen des Vermögens findet ihre natürliche Unterlage

wie überhaupt, so auch bei Legat und Erbschaft in den partikularen Normen darüber, was vollzogener Erwerb und was Erwerbsaussicht sei. Wenn seither das Landesrecht jenem Grundsatz zuwider das Anfechtungsrecht erweitert oder beschränkt gehabt hat, so bedingt die strikte Durchführung des Grundsatzes der Konkursordnung in Verbindung mit § 4 des Einführungsgesetzes vom 10. Februar 1877, das entgegenstehende Partikularrecht als beseitigt zu betrachten. Hieraus muß folgen: Die Entschlagung von Erbschaften seiten des suus heres und von Vermächtnissen ist in den Gebieten des gemeinen Rechts seit dem Inkrafttreten der Konkursordnung der Anfechtung unterworfen, die römischrechtliche Ausnahme betreffs des Legats besteht nicht mehr (übereinstimmend Sarwey Anm. 4 zu § 24 S. 145). Für das sächsische Recht ist die Entschlagung von einer Erbschaft dagegen der Anfechtbarkeit entrückt, die abweichende Festsetzung des § 1511 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist außer Kraft. Würde ein Legat oder eine Anwartschaft unter einer für den Schuldner potestativen Bedingung ausgesetzt, so daß der Erwerb erst mit Erfüllung der Bedingung einträte, so steht gegen die Ausschlagung des Erwerbs und gegen die Nichterfüllung der Bedingung den Gläubigern kein Rechtsmittel zu. Das gleiche ist bei einer bedingten Erbeinsetzung für ein Partikularrecht anwendbar, nach welchem Erbschaften in diesem Falle ausnahmsweise nicht ohne weiteres mit der Delation, sondern erst mit dem Eintritte der Bedingung erworben werden. Sarwey l. c. (Den Inhalt der Motiven geben kritiklos wieder Mandry § 38 I. 1 S. 378 ob.; Petersen Bem. I. 4 zu § 22 S. 122; Wengler S. 190 c; Wilmowski Bem. 1 zu § 22 S. 108. Anscheinend richtig Stieglitz Bem. I. 3 zu § 22 S. 126. Vergl. noch Hullmann Anm. 9 zu § 1 S. 50 flg.)

§ 6.

b) Unterlassungen.

Rücksichtlich der Form, in welcher äußerlich die anfechtbare Rechtshandlung auftreten kann, ist es gleichgültig, ob die auf die Vermögensentäußerung gerichtete Willenserklärung auf Seiten des künftigen Gemeinschuldners wie des von ihm Erwerbenden ausdrücklich oder auch stillschweigend durch Handlungen oder Aeußerungen, welche einen sichern Rückschluß auf jene Willenserklärung zulassen (facta concludentia, § 98 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs), geschieht. Zu der letztern Art der Willenserklärung rechne ich das bloße Stillschweigen in den besonderen Rechtslagen, in welchen schon daraus ausnahmsweise nach dem Grundsatze qui tacet, consentire videtur auf eine zustimmende

Willensäußerung gesetzlich geschlossen wird, vergl. die bei Windscheid I. § 75 Note 10 citirten Stellen, § 1297 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs. In diesen Fällen steht zwar ein wirkliches Nichthandeln des Schweigenden in Frage, aber gleichzeitig ein solches Verhalten desselben, welches bei der eigenthümlichen Gestaltung der Umstände durch das Gesetz als ein genügender Willensausdruck in einer bestimmten Richtung angesehen wird. Das Stillschweigen des Schuldners wird hier auch für die Deutsche Konkursordnung unbestritten der Anfechtung unterworfen bleiben, da die Motiven zu § 22 S. 1414 ausdrücklich bemerken, daß eine passive Betheiligung des Schuldners an der Handlung des Erwerbenden, als welche sich das Stillschweigen charakterisirt, als anfechtbare Rechtshandlung genüge. Sarwey Anm. 1 zu § 22 S. 120; Fuchs S. 45 Note 6.

Das gemeine und das sächsische Recht gehen aber weiter. Nach ihnen kann die mit der Pauliana anfechtbare Vermögensentäußerung auch in der Form eines nicht concludenten Nichthandelns, einer Unterlassung, eines non facere, quod debet facere sich darstellen, l. 4 D. 42, 8 h. t. Als Beispiele von solchen Unterlassungen, welche dem Schuldner als Mittel zur Verkürzung seiner Gläubiger dienen können' erwähnen die römischen Quellen das Geschehenlassen einer Extinctivverjährung, si non utatur servitutibus vel a debitore non petit, ut tempore liberetur l. 4, l. 3 § 1 D. h. t., die Zulassung einer Acquisitivverjährung, qui patitur usucapi l. 28 pr. D. 50, 16 de verb. sign., das fraudulose Ausbleiben im Prozesse und das Zulassen der römischen Prozeßverjährung, si data opera ad judicium non adfuit vel litem mori patiatur. l. 3 § 1 D. h. t. verb. Gaj. IV, 104, 105.

Ich möchte diese Fälle einem gemeinsamen Gesichtspunkte unterordnen. Subjective Rechte, welche einmal erworben sind, bestehen in der Regel fort, ohne daß es zu ihrer Erhaltung einer besonderen hierauf gerichteten Thätigkeit des Berechtigten bedarf. Diese Regel ist nicht ausnahmslos. Der Berechtigte kann in eine Rechtslage kommen, in welcher die Erhaltung der ihm zustehenden Befugniß von seinem positiven Handeln, von seiner Ausübung oder Vertheidigung der Befugniß abhängt, und nur durch ein solches positives Hervortreten der Verlust des Rechtes verhindert wird. Die wichtigste Durchbrechung der vorangestellten Regel bilden die Grundsätze über die Verjährung der Rechte. Erlöschende wie erwerbende Verjährung, und wo sie wie im römischen Prozesse gegolten hat, die Prozeßverjährung können den Verlust des entgegenstehenden Rechts nur zur Folge haben, wenn der Berechtigte unterlassen hat, zur Erhaltung seiner Befugniß

Handlungen vorzunehmen, durch welche die Verjährung vor ihrem Ablaufe unterbrochen wurde. Seine Unterlassung eines solchen rechtserhaltenden Aktes bildet zwar nicht einen Rechtsgrund, eine Voraussetzung des Eintrittes der Verjährung in dem Sinne, daß derjenige, welcher die Verjährung für sich anzieht, auch auf die Negative ihrer Nichtunterbrechung sich berufen mußte. Aber faktisch ist sie ganz ebenso selbstständig wie die übrigen positiven Voraussetzungen als conditio sine qua non mitwirkend und mitbestimmend für das Resultat der vollendeten Verjährung. In gleicher Weise können Grundsätze des Prozeßrechts bedingen, daß ein Berechtigter zur Wahrung seiner prozessualen und selbst materiellen Befugnisse im Prozesse eine positive Thätigkeit entwickeln muß. Für den in Folge einer Diffamation zur Anstellung der Hauptklage bei Vermeidung ewigen Stillschweigens verurtheilten Provocationsbeklagten führte z. B. nach gemeinem und sächsischem Recht die Nichterhebung der Hauptklage innerhalb der vom Richter gesetzten (in Sachsen: sächsischen) Frist den Verlust seines Anspruches herbei, gleich als ob der Berechtigte positiv auf das möglicher Weise wohlbegründete Recht verzichtet hätte. (Vergl. auch den Fall der chursächs. Erläut. Prozeß-Ordnung ad tit. X. § 1.)

Das Charakteristische der römischrechtlichen Beispiele anfechtbarer Unterlassungen tritt aus dem Gesagten scharf hervor. Sie sind sämmtlich Unterlassungen von solchem positiven Handeln des Schuldners, welches er zur Erhaltung schon erworbener Vermögensrechte ausnahmsweise und zufolge einer besonderen Gestaltung der Lage, in welcher diese Rechte sich eben befinden, ausüben muß, mit Einem Worte: sie sind Unterlassungen von Conservativakten. Sie unterscheiden sich als solche wesentlich von Unterlassungen eines bloß möglichen Erwerbes, welche nach § 5 im gemeinen Recht der Anfechtbarkeit entzogen sind. Reines Unterlassen entwindet sich freilich der Anfechtung. Aber nichts steht entgegen, die Unterlassung eines auf Erhaltung eines bereits begründeten Rechts gerichteten Handelns als anfechtbare Rechtshandlung, als Veräußerung anzusehen, wenn ohne dieses willentliche Unterlassen die Befugniß des Schuldners erhalten geblieben wäre und die Nichtvornahme des Conservativaktes dem Schuldner als Mittel zur Minderung seines Vermögens um jenes Recht und damit zur Benachtheiligung seiner Gläubiger dienen könnte. Zum wenigsten für die Anfechtungslehre läßt auch Savigny Bd. IV. Beil. IX. bsds. S. 583 flg. die bezeichneten Unterlassungen als Veräußerungsakte gelten.

Wann abgesehen von den römischen Beispielen eine solche rechts-

erhaltende Thätigkeit vom Schuldner erheischt werde, läßt sich nur aus dem gesammten System der Privatrechte und der Prozeßlehre für den einzelnen Fall beurtheilen. Aus der Spruchpraxis gehört hierher die Entscheidung des Oberappellationsgerichts Lübeck (citirt bei Windscheid II. § 463 Note 34), wonach die Nichtgeltendmachung des beneficium competentiae gegenüber einem Schenkungsversprechen als Grund der actio Pauliana anerkannt worden ist. Das kraft Gesetzes hier dem Schuldner zustehende beneficium competentiae kann er sich nur durch positives Geltendmachen desselben erhalten. Daß er es vorzuschützen unterläßt, bewirkt für ihn den Verlust dieser Rechtswohlthat, für seine Gläubiger mit Ausnahme des klagenden den Nachtheil, daß sein Vermögen um die durch die Geltendmachung des Benefizes dem Schuldner zu erhaltenden Stücke vermindert wird. In gleicher Weise muß die Unterlassung der Vorschützung der Rechtswohlthaten der Vorausklage und der Theilung seiten des Bürgen, die Nichtgeltendmachung der exceptio Senatusconsulti Vellejani und anthenticae si qua mulier seiten der intercedirenden Frau oder Ehefrau der Anfechtung anheim fallen. Kurz der Nichtgebrauch jeder materiellrechtlichen oder prozessualen Befugniß, wenn letztere allein durch den Gebrauch, durch eine positive Thätigkeit dem Schuldner erhalten werden kann, hat als die Unterlassung eines Conservativaktes und als anfechtbare Vermögensentäußerung zu gelten. Dagegen will Savigny l. c. S. 585 einen solchen Nichtgebrauch als eine positive Handlung construiren, weil er ein Theil der gesammten Prozeßführung und diese als untrennbares Ganzes anzusehen sei. Allein der Nichtgebrauch bleibt Unterlassung, auch wenn er in den Rahmen einer Prozeßführung hineinfällt, und wie dann, wenn der Nichtgebrauch sich außerhalb dieses Rahmens ereignet?

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch übergeht die Frage mit Stillschweigen, auch die speciellen Motiven zu demselben enthalten keine Auskunft. Doch hat das im gemeinen Recht Geltende nicht beseitigt werden sollen. Die zur Revision des Entwurfs für das Gesetzbuch niedergesetzte Kommission hat nach den die Berathung des jetzigen § 1509 flg. betreffenden Protokollen vielmehr die Frage in Erwägung gezogen und die Meinung festgestellt, daß die Anfechtungsklage auch statthaben solle, wenn „das nolle adquirere sich durch ein reines Unterlassen, durch eine gänzliche Passivität des Schuldners manifestire.“ Der bedenklichen Fassung dieser Worte ungeachtet scheint der Sinn derselben nur die Bestätigung der einschlagenden Grundsätze des gemeinen Rechts zu sein.

Weit ab von diesen Ausführungen scheint der Weg zu führen, welchen die Deutsche Konkursordnung und die ihr beigegebenen Motiven S. 1414 einschlagen. Mit dem Worte: „Rechtshandlung" soll in der Konkursordnung nur positives Thun, eine Unterlassung aber bloß dann verstanden werden, wenn das Gesetz sie einer bestimmten positiven Handlung gleichstellt. (Zur preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 vergl. Meischeider S. 25 flg.)

Die Gründe, welche den Gesetzgeber zu dieser These bestimmt haben, sind jedoch, wie Sarwey Anm. 1 zu § 22 S. 119 mit Recht bemerkt, nicht überzeugend. Die ganze These erweckt deshalb schon jetzt bei den Kommentatoren des Gesetzes die erheblichsten Zweifel.

Es ist nöthig, den Motiven Punkt für Punkt unter die Augen zu gehen. Sie sagen:

„Ein bloßes Unterlassen entzieht sich der Anfechtung. Die Anfechtung soll das Geschehene ungeschehen machen, — ac si facta non esset l. 10 § 22 D. 42, 8 h. t. Sie setzt voraus, daß das Vermögensstück durch eine bestimmte Handlung und durch sie allein aufgegeben sei, daß es ohne diese Handlung dem Vermögen angehören würde, und mit Beseitigung derselben ihm wieder zufalle."

Ich muß schon hier innehalten. Nur dem ersten Satze kann ich zustimmen. Bei allem andern ist das genaue Gegentheil von dem, was die Motiven sagen, gleich richtig. Warum soll die Anfechtung nicht auch den Zweck haben können, Ungeschehenes geschehen zu machen? Dann setzt sie naturgemäß voraus, daß ein Vermögensstück durch eine bestimmte Unterlassung aufgegeben sei, und ohne sie dem Vermögen noch angehören würde. Die citirte Stelle des römischen Rechts: ac si facta non esset scil. liberatio beweist gar nichts für die Motiven, weil liberatio eben eine positive Handlung ist und eine solche allerdings nur ungeschehen gemacht werden kann. Gegen die Motiven beweisen aber die Worte, welche dem Citat unmittelbar vorhergehen: generaliter seiendum est, — restitutionem fieri oportere in pristinum statum, was auf positives und negatives Thun gleich anwendbar ist; gegen sie beweist die mehr als tausendjährige Geltung des römischen Rechts, welches die Anfechtung auch mit dem Zwecke, Ungeschehenes geschehen zu machen, ausgerüstet und den Vorwurf, damit eine logische Unmöglichkeit sanctionirt zu haben, noch nirgends erfahren hat. Die Motiven fahren aber fort:

„Eine Unterlassung kann nicht beseitigt werden, ein Nichtgeschehenes geschehen zu machen, ist mehr als Beseitigung dessen, was der Schuldner begangen hat."

Ich frage (mit Völderndorff zu § 22 Note 7 S. 261): Kann denn Geschehenes ungeschehen gemacht, kann eine positive Handlung

beseitigt werden? Ganz gewiß ebensowenig wie eine Unterlassung. Aber um „Beseitigung" eines Ungeschehenen oder Geschehenen handelt es sich bei der Anfechtung überhaupt nie. Wie von den Motiven selbst zu § 22 S. 1413 zutreffend ausgeführt wird, ist der Inhalt des Anfechtungsrechts, das vom Gemeinschuldner aufgegebene Object als noch zur Konkursmasse gehörig zu betrachten und ihr zurückzuführen. Angefochten und beseitigt wird deshalb, wenn man correct sprechen will, niemals das Handeln oder Unterlassen des Schuldners, sondern die daran geknüpften Erfolge. Ganz diesen Inhalt vindicire ich dem Anfechtungsrecht, wenn das Aufgeben eines Vermögensstücks von dem Schuldner durch die Unterlassung eines Conservativaktes bewirkt wurde. Nur die Rechtsveränderung, welche dadurch entstand, daß der Gemeinschuldner passiv blieb, während der andere Theil sich durch seine Handlungen in Vortheil setzte — Worte Dernburg's, Preuß. Privatrecht Bd. II. § 128 Note 3 S. 289 — ist das Object der Anfechtung, ihr Ziel auch hier die Wiederherstellung des durch das negative Verhalten des Schuldners veränderten Rechtszustandes. Die Motiven freilich finden das für willkürlich, weil man nicht schließen könne, daß das fragliche Recht nothwendig erhalten geblieben sein würde, wenn die Unterlassung nicht geschehen wäre. Man wisse bei dem Geschehenlassen der Verjährung insbesondere nicht, welcher Zeitraum den Gläubigern zurückgewährt werden solle, man könne nicht sagen, ob, wann und wie der Schuldner, der durch Nichtgebrauch ein Recht untergehen ließ, von seinem Recht Gebrauch gemacht haben würde. Diese Einwendungen scheinen Schwierigkeiten aufzusuchen, wo keine sind. Weiß man, um zu einem Analogon aus dem Gebiete des Strafrechts überzugreifen, bei einem Kommissivdelicte durch Unterlassung nicht ebensowenig, ob der unterlassende Verbrecher statt der pflichtwidrigen Unthätigkeit ein solches positives Handeln ausgeübt haben würde, welches zur Abwendung des durch die Unterlassung verursachten verbrecherischen Erfolges wirklich geeignet und zweckmäßig gewesen wäre? Ist eine Mutter, welche ihr Kind durch Nichtverabreichung von Speise und Trank tödtete, um deswillen des Mordes nicht schuldig, weil man nicht sagen kann, ob die Speisen und Getränke, welche sie bei Erfüllung ihrer Ernährungspflicht dem Kinde zugeführt haben würde, eine den Tod des Kindes in Wirklichkeit verhindernde Beschaffenheit gehabt haben würden oder vielleicht ohne eine Schuld der Mutter schädliche und sogar tödtliche gewesen sein könnten? Genug deshalb, daß der Schuldner von seinem Rechte Gebrauch machen konnte, und, um sich dieses Recht zu erhalten, Gebrauch machen

mußte, trotzdem aber die positive Geltendmachung und Wahrung desselben fraudulos unterließ. Die Folgen, welche sich an die Unterlassung anknüpfen, z. B. die Vollendung der Verjährung, brauchen die Gläubiger als ihnen gegenüber wirksam nicht anzuerkennen. Welchen Gebrauch der Schuldner von dem durch das Nichthandeln verlorenen Recht gemacht haben würde, haben sie nicht nöthig zu fragen, sofern ihnen der Anspruch zukommt, die rechtlichen Erfolge des Nichtgebrauchs als nicht eingetreten bei Seite zu setzen. Die zufolge der Unterlassung abgelaufene Verjährung insbesondere ist im Verhältnisse zu den Gläubigern weder als abgelaufen, noch als dermalen laufende anzusehen; der Gläubiger Ziel ist nur die Reparirung des durch den Verjährungsablauf für sie herbeigeführten Nachtheils, welche in der Restitution und dem Wiederaufleben des verjährten Anspruchs ad hoc, das ist zum Zwecke der Verwerthung im Interesse der Konkursmasse besteht, und es bedarf daher gar nicht der Zurückgewährung eines bestimmten Zeitraums zur Anfechtung einer Verjährung.

Die Argumentation der Motiven müßte nun dahin führen, daß nie eine Unterlassung der Anfechtung unterstellt werden könnte. Das wollen aber die Motiven nicht. Dann, „wenn das Gesetz die Unterlassung einer bestimmten positiven Handlung gleichstelle", lassen sie die Anfechtung derselben zu, und führen als Beispiel hierfür den Fall des § 296 der Civilprozeßordnung an, wonach, wenn der Beklagte im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, das klägerische Vorbringen als zugestanden anzunehmen ist. Alle Einwendungen der Motiven gegen die Anfechtbarkeit der Unterlassungen überhaupt passen aber auch auf diesen Fall. Auch hier läßt sich nicht sagen, wie der Beklagte gehandelt, wie er seine Vertheidigungsgründe gebraucht haben würde, wenn er im Termine erschienen wäre. Das Gesetz stellt nicht einmal das Nichterscheinen dem Geständnisse ausdrücklich gleich, sondern es knüpft lediglich an das negative Verhalten des Beklagten den prozessualen Verlust seiner Vertheidigungsgründe und den Nachtheil der Fiction des Geständnisses an verb.: „ist anzunehmen". — Man könnte deshalb höchstens sagen, stillschweigend stelle die Civilprozeßordnung das Ausbleiben im Termine dem Verzicht auf Vertheidigung gleich. Das läßt sich aber mit dem gleichen Rechte von der Unterlassung jedes Conservativaktes sagen. Gerade auch bei dem Geschehenlassen der Verjährung ist diese Anforderung erfüllt, denn nach dem Sinne der Gesetze ist diese Unterlassung dem positiven Verzichte auf das verjährte Recht gleichzuachten. Der Nichtgebrauch von Angriffs-

und Vertheidigungsmitteln im Rechtsstreite soll, wie die Motiven S. 1414 ausdrücklich erwähnen, der Anfechtung nicht anheimfallen: was in aller Welt für ein Unterschied besteht denn zwischen dem Fall des § 296 der Civilprozeßordnung und dem Nichtgebrauch eines einzelnen Vertheidigungs- oder Angriffsmittels im Prozesse? So ordnet sich das von den Motiven selbst gewählte Beispiel der von ihnen herausgegriffenen Kategorie von Unterlassungen, deren Anfechtung statthaft bleiben soll, nicht unter. Die ganze Kategorie, welche durch das Beispiel getroffen werden soll, bildet in Wahrheit keinen Gegensatz zu einer zweiten der Anfechtung entzogenen Kategorie und die Motiven befinden sich mit sich selbst in Widerspruch, wenn sie die Anfechtung in dem aufgestellten Beispiele zulassen und die der Nichtunterbrechung einer Verjährung und des Nichtgebrauchs von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln im Rechtsstreite ausdrücklich verneinen.

Es ist nicht zu verwundern, daß dieser Stand der Motiven zur Konkursordnung erhebliche Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen hat. Einige Schriftsteller haben sich bemüht, Fälle aufzufinden, in denen die Unterlassung durch ein Gesetz einer bestimmten positiven Handlung gleichgestellt werde und deshalb auch nach der Konkursordnung anfechtbar bleibe. Begreiflicher Weise müssen sie, im Finstern tappend, zu allerhand Willkürlichkeiten gelangen.

Sarwey Anm. 1 zu § 22 S. 120 rechnet zu den anfechtbaren Unterlassungen das Nichthandeln im Rechtsstreite, welches ein fingirtes Zugeständniß zur Folge hat (§§ 129, 295, 296, 392, 404, 417, 429_{2}, 434 der Civilprozeßordnung) und die Fälle, in welchen nach dem Ausnahmegrundsatze qui tacet consentire videtur das bloße Stillschweigen einer ausdrücklichen zustimmenden Willenserklärung gleichstehen soll. Diese letzteren Fälle sind meines Erachtens dem Begriffe der „passiven Betheiligung" des Schuldners — vergl. S. 39 — unterzuordnen.

Völderndorff Anm. a zu § 22 S. 261 empfiehlt „nach langem Hin- und Herüberlegen" der Praxis, sich an ein äußeres Moment zu halten, und dasjenige, was ein andauerndes, längere Zeit hindurch währendes Nichthandeln des Gemeinschuldners in sich schließt, als eine anfechtbare Unterlassung, dagegen eine einmalige passive Betheiligung an der Handlung des Gegners als anfechtbare Rechtshandlung zu behandeln. Einen innern Grund für diese Unterscheidung deutet freilich Völderndorff nicht einmal an, und ich entnehme auch aus den Beispielen S. 262 keinen greifbaren Anhalt für die Richtigkeit

des von ihm empfohlenen, auch mit der in den Motiven geplanten Unterscheidung nicht vereinbaren „äußeren Momentes“.

Petersen Bem. I. 3 zu § 22 S. 120, 121 hält für unanfechtbar die Unterlassungen, welche gegenüber einer durch den natürlichen Lauf der Dinge oder durch das Gesetz herbeigeführten Rechtsveränderung verhangen werden. Dagegen soll das Nichthandeln gegenüber einer durch eine menschliche Handlung bewirkten Rechtsveränderung der Anfechtbarkeit unterliegen. In der letzteren Gruppe will Petersen anscheinend dieselben Unterlassungen umfassen, welche nach Sarwey's Ansicht anfechtbar geblieben sind.

Bei andern Schriftstellern finde ich nur eine kritiklose Angabe des Inhalts der Motiven (Hullmann Anm. 8 zu § 22 S. 136; Wengler S. 189 flg. b; Fuchs S. 45; Wilmowski Anm. 1 zu § 22 S. 108; Stieglitz Anm. I. 2 zu § 22 S. 125 flg.

Die dargelegte Inconsequenz der Motiven rechtfertigt nach meinem Dafürhalten nur die folgende Meinung. Es ist an sich sprachlich unbedenklich und dem aus den Motiven hervorgehenden Willen des Gesetzgebers entsprechend unter dem Ausdrucke: „Rechtshandlung“ des Gesetzes auch Unterlassungen zu begreifen. Für die Frage jedoch, wie diese Unterlassungen beschaffen sein müssen, wenn sie der Anfechtbarkeit unterliegen sollen, können die Motiven irgend welchen Anspruch auf Beachtung nicht verdienen (vergl. Mandry § 38 Note 10 S. 378). Das Kriterium der Motiven: das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Eigenschaft, daß das Gesetz das Nichthandeln einer bestimmten positiven Handlung gleichstellt, ist unhaltbar, weil die Eigenschaft, wie gezeigt worden, entweder auch denjenigen Unterlassungen zukommt, deren Anfechtbarkeit die Motiven verwerfen, oder auch den Unterlassungen abgeht, deren Anfechtung sie gestatten wollen. Andererseits liegt in der Natur der Anfechtung als eines Angriffes auf Wiederherstellung eines den Gläubigern günstigeren Zustandes des schuldnerischen Vermögens begründet, daß nicht jede beliebige, sondern nur eine qualificirte Unterlassung Substrat der Anfechtung sein kann. Es muß ihr die Eigenschaft innewohnen, daß sie als conditio sine qua non zur Herbeiführung des den Gläubigern nachtheiligeren Zustandes veranlassend mitgewirkt hat. Das ist dann immer der Fall, wenn der Schuldner sich in einer Rechtslage befand, in welcher es seines positiven Eingreifens bedurfte, um seinem Vermögen einen Bestandtheil zu erhalten, um den Verlust eines Rechtes abzuwenden. Sein unthätiges Zuschauen zu den den Rechtsverlust herbeiführenden Voraussetzungen, oder mit andern Worten: nur die Unterlassung eines Conser-

vativaktes in dem oben entwickelten Sinne bildet eine zur Anfechtung geeignete Unterlage. Aus der Natur der Sache folgere ich deshalb, daß nach wie vor das non facere, quod debet facere des römischen Rechts der Anfechtung zu unterstellen ist, und halte im Gegensatz zu den Motiven fest, daß auch das Geschehenlassen einer Verjährung und der Nichtgebrauch von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln im Rechtsstreite eine anfechtbare Unterlassung darstellt.

§ 7.

c) Kritik der Bezeichnung: Vermögensminderung.

Die der Anfechtbarkeit unterliegende Rechtshandlung des Schuldners wurde in § 4 als die willentliche Herbeiführung des Verlustes eines Vermögensbestandtheiles charakterisirt. Sie muß demnach von der Wirkung begleitet sein, daß durch sie irgend welche zum Vermögen des Schuldners gehörige Gegenstände aufhören oder aufhören sollten, Theile dieses Vermögens zu bleiben. Um dieser Wirkung willen hat man die anfechtbare Rechtshandlung: Vermögensminderung genannt — Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 463, bis zur 3. Auflage; Sächs. Bürgerliches Gesetzbuch § 1510 verb. 1509 — eine Ausdrucksweise freilich, welche Zweifeln Raum giebt und deshalb keinen Beifall verdient.

A. Unter Minderung eines Vermögens kann man einmal das Ausscheiden eines zum Activvermögen gehörigen Gegenstandes verstehen, gleichviel, ob an Stelle des aufgegebenen Objects ein anderes mindestens gleichwerthiges in das Vermögen erworben wird oder nicht. Andererseits könnte man als Vermögensminderung nur die Rechtshandlung bezeichnen wollen, welche das reine Vermögen des Schuldners verringert, oder wenn der Fraudator reines Vermögen, das ist einen Ueberschuß der Activen über die Passiven überhaupt nicht mehr besäße, eine solche, welche die ihm zur Verfügung stehenden Befriedigungsmittel in deren Gesammtheit vermindert. Dann umfaßt „Vermögensminderung" nicht die Geschäfte, bei denen der Entäußernde für den aufgegebenen Vermögenstheil ein Aequivalent erhält, welches dem Werthe des Veräußerten mindestens gleichkommt. Diese letztere Auffassung wird für das gemeine Recht von Brinz I. § 123 S. 531, Zürcher S. 7 flg. und auf das Lebhafteste von Hasenbalg S. 20 flg. unter Zustimmung der des letzteren Schrift betreffenden Kritik Eck's in der Jenaer Literaturzeitung 1874 S. 588 verfochten. Hasenbalg's Ausführungen sind aber nichts weniger als überzeugend; ich möchte diesem Schriftsteller sogar vorwerfen, daß er von

S. 57 ab seinen Deductionen selbst die gegentheilige Meinung zu Grunde legt.

In l. 3 § 2 D. 42, 8 h. t. qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet — wird mit nicht anzuzweifelnder Klarheit jedes Aufgeben eines Vermögensbestandtheils schlechthin den fraudationis causa gesta zugerechnet. Ob es unentgeltlich oder gegen Entgelt, ob gegen minderwerthiges oder gegen entsprechendes Aequivalent geschehe, wird dahin gestellt, und durch keine zweite Gesetzesbestimmung läßt sich die von Hasenbalg gewollte Beschränkung belegen. Für das Gegentheil, daß die Entäußerung um angemessenes Entgelt entzogen sei, beruft sich Hasenbalg (wenn auch zaghaft) auf l. 7 D. h. t., in welcher die Hinzufügung der Worte: minore pretio (scil. si vendiderit) die Vermuthung nahe lege, daß der Verkauf nur unter der Voraussetzung eines nicht entsprechenden Kaufpreises anfechtbar gewesen sei. Allein Paulus will in l. 7 überhaupt nur den Fall eines anfechtbaren Verkaufs vorlegen und daran die Frage beantworten, ob der Käufer von den die Anfechtung geltend machenden Gläubigern die Rückerstattung des gezahlten Preises beanspruchen könne. Verkauf um zu niedrigen Preis nun, da damit ohne Weiteres auch das Moment der Verkürzung der Gläubiger gegeben, ebensowie der Beweis des animus fraudandi und der conscientia fraudis nahegelegt ist (Schey Note 61 S. 141), kann der Leser als das Beispiel eines jedenfalls anfechtbaren Verkaufs nicht verkennen: Grund genug für Paulus, daß er gerade diesen Fall wählt, um daran die Frage zu knüpfen, deren Beantwortung er provociren will. Daß er die Meinung durchblicken lasse, ein Verkauf unter anderen Bedingungen als minore pretio sei überhaupt unanfechtbar, dafür giebt l. 7 cit. auch keinen entfernten Anhalt. Auf richtiger Grundlage beruhen deshalb die Erkenntnisse des Obertribunals Berlin in Seuffert's Archiv Bd. XXXIII. Nr. 356, 1877, des Oberappellationsgerichts Kiel (1856) ib. Bd. XII. Nr. 113, des Oberappellationsgerichts Wiesbaden (1864) ib. Bd. XXI. Nr. 184 und des Oberappellationsgerichts Berlin (1871) ib. Bd. XXVIII. Nr. 90. In dem Kampfe, den Hasenbalg gegen die drei letzteren führt, übersieht er besonders einen Punkt. Der Dritte, meint er S. 25, welcher vom Schuldner ein Vermögensstück um angemessenes Entgelt erwerbe, müsse der Anfechtung gegenüber einzuhalten berechtigt sein, er seinerseits habe die Gläubiger um nichts benachtheiligt, da er den vollen Werth seines Erwerbes dem Vermögen des Schuldners wieder zugeführt habe. Freilich benachtheiligt die Vermögensentäußerung, wenn sie gegen entsprechendes Aequivalent erfolgt, noch nicht schon an

sich und unmittelbar die Gläubiger; es müssen weitere Thatsachen eintreten, um die Verkürzung derselben zu vollenden, vergl. § 24. Indeß um den schädigenden Erfolg der Rechtshandlung handelt es sich hier gar nicht. Daß dieses weitere Erforderniß ihrer Anfechtbarkeit ebenso wie der dolus des Schuldners und die conscientia fraudis des Contrahenten sich nicht nothwendig mit der Vermögensentäußerung um angemessenes Aequivalent verknüpfen müssen, ändert doch daran nichts, daß die letztere, den wirklichen Hinzutritt der dadurch zu verursachenden Verkürzung der Gläubiger vorausgesetzt, sehr wohl eine anfechtbare Rechtshandlung darstellen kann. Windscheid II. § 463 Note 8d; Schey S. 137; Sintenis Bd. II. § 124,6 bei Note 30; Meischeider S. 36. Will man sich hierfür deshalb der Bezeichnung: Vermögensminderung bedienen, so muß man das Wort mit Vermögensentäußerung lediglich gleichbedeutend nehmen, darf sich aber nicht verführen lassen, das maßgebende Gewicht für die Anfechtbarkeitsfrage auf ein Mißverhältniß zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Erwerbers zu legen.

Damit stimmt auch die Auffassung überein, welche das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch in § 1510 dem Begriffe der Veräußerung beilegen will. Das ergiebt sich schon daraus, daß das Gesetzbuch in § 1509 — vergl. § 16 — die Insolvenz des Schuldners zur Zeit oder in Folge der Veräußerung zur Voraussetzung des Anfechtungsrechts erhoben hat, ein Ueberschuldeter aber der Natur der Sache nach gar kein reines nach Abzug der Schulden übrig bleibendes Vermögen hat, welches er mindern könnte. Vermögensminderung im Sinne des § 1510 ist deshalb gleichbedeutend mit Aufgeben irgend eines Vermögensactivum und ist auch dann vorhanden, wenn die dem Gemeinschuldner gewährte Gegenleistung den Werth des aufgegebenen Vermögensbestandtheils erreichen oder sogar übersteigen würde; Wengler's Archiv Bd. VI. S. 606, verb. Bd. I. S. 570 flg., Bd. II. S. 449 flg., wo bei Anfechtung von Kaufverträgen der Angemessenheit oder Unangemessenheit des Kaufpreises wenigstens keine maßgebende Bedeutung beigelegt wird.

Die Deutsche Konkursordnung verbindet mit dem Ausdrucke „Rechtshandlung" regelmäßig ebensowenig den Sinn, daß bei onerosen Veräußerungen des Schuldners das von ihm erworbene Aequivalent hinter dem Werthe des veräußerten Vermögensbestandtheils zurückbleiben müsse. Die Motiven zu § 22 S. 1414 und zu § 24 Z. 1 S. 1421 sprechen das ausdrücklich aus.

Doch macht die Konkursordnung in zwei Fällen eine Ausnahme.

a) Besteht die Deliktsschuld des Geschäftsgenossen des Gemeinschuldners in seiner Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder von dem Antrage auf Eröffnung des Konkursverfahrens, so ist Voraussetzung der Anfechtbarkeit des vom Schuldner eingegangenen Rechtsgeschäfts, daß die Konkursgläubiger schon und unmittelbar durch dessen Eingehung benachtheiligt werden. § 23 Z. 1, erster Satz der Konkursordnung verb.: „durch deren Eingehung" (deutlicher als § 23 Z. 1 des Reichstagsentwurfs, welcher den in den Motiven gerechtfertigten Gedanken nicht zum scharfen Ausdrucke brachte, vergl. Protokolle der Reichstags-Kommission S. 21; Wengler S. 195; Petersen Bem. II. 2 zu § 23 S. 132). Ein Geschäft, bei welchem das in das Vermögen des Schuldners fließende Entgelt im Vergleiche mit dem Werthe des Entäußerten ein völlig angemessenes ist, mindert aber nicht schon an sich die Masse des schuldnerischen Vermögens.

Der Grund, warum hier diese weitere Anforderung an die Rechtshandlung des Schuldners gestellt wird, beruht in der Eigenthümlichkeit, in welcher die Verschuldung des Anfechtungsgegners hier construirt ist. Jene Kenntniß der zu Tage getretenen Konkursmäßigkeit des Schuldners allein, betonen die Motiven S. 1415, wäre vereinbar mit dem besten Glauben und Willen des Contrahenten, dem Schuldner wie den Gläubigern desselben zu nützen und zur Beseitigung des Zustandes der Konkursmäßigkeit das Seinige beizutragen, wenn er ein ehrliches Geschäft mit dem Schuldner schließt. Nur das gleichzeitige Bewußtsein davon, wie das Geschäft die künftige Konkursmasse objectiv beeinträchtige, drückt in diesem Falle der Handlung das Gepräge des fraudationis causa gestum auf, folgeweise soll hier auch objectiv der Rechtshandlung die Eigenschaft beiwohnen, daß sie für sich schon die Gesammtheit der Befriedigungsmittel des Schuldners vermindert. Der uneigennützige Contrahent soll für zufällige Verschlechterungen, Sinken der Preise, Fahrlässigkeiten, Böswilligkeiten des Gemeinschuldners, für alle die Eventualitäten, welche erst nach dem Abschlusse des redlichen Geschäfts einen dem Vermögen des Schuldners nachtheiligen Erfolg desselben herbeiführen, nicht verantwortlich gemacht werden. Freilich macht mit Recht der praktische Völderndorff Note 29 S. 274 darauf aufmerksam, wie durch dieses Erforderniß das aus § 23 Z. 1 der Konkursordnung sich ergebende Beweisthema den Voraussetzungen des § 24 Z. 1 nahe gerückt ist. Auch ist zu beachten, daß durch die Eingehung des Rechtsgeschäfts Konkursgläubiger, genauer diejenigen Gläubiger, welche Konkursgläubiger wären, wenn der Konkurs schon eröffnet wäre, benachtheiligt sein müssen, und es daher nicht genügt, wenn

Absonderungsberechtigte verkürzt werden, vergl. Völderndorff Anm. f zu § 23 S. 273.

b) Ficht der Konkursverwalter einen entgeltlichen Vertrag an, welchen der Gemeinschuldner in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkursverfahrens mit seinem Ehegatten oder einem der in § 24 Z. 2 der Konkursordnung bezeichneten Angehörigen geschlossen hat, so ist für die Vertheilung der Beweislast von vorentscheidender Bedeutung, ob schon und unmittelbar durch den Abschluß des Vertrags die Gläubiger des Schuldners beeinträchtigt worden sind. Ist dies der Fall gewesen, so wird bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet, daß der Vertragsgenosse des Gemeinschuldners dessen Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, zur Zeit des Vertragsabschlusses gekannt habe. Enthielt dagegen der Vertrag nicht eine unmittelbare Vermögensminderung, so greift die in § 24 Z. 2 der Konkursordnung geordnete Verschiebung der Beweislast nicht Platz. Vergl. dazu § 34, II.

Die Frage, ob ein concretes Geschäft im Augenblicke seiner Eingehung die Benachtheiligung der Gläubiger mit sich führe, wird in der Rechtsprechung nicht selten zu Zweifeln Anlaß geben. Schon die Motiven S. 1415 weisen darauf hin, daß nicht blos die mindere Höhe des dem Schuldner zufließenden Entgelts, sondern auch die Art desselben und seiner Gewährung, die Aussicht auf seine faktische Realisirbarkeit, die damit verknüpften lästigen Bestimmungen das Geschäft als ein unmittelbar nachtheiliges charakterisiren können. Ein Verkauf auf Credit an eine Person, deren Vermögenslage zur Zeit des Geschäfts bereits zweifelhaft ist, oder der Erwerb einer an Zahlungsstatt abgetretenen Forderung, wenn der debitor cessus der Insolvenz entgegengeht, sind augenfällig selbst dann nachtheilig, wenn die Höhe des Entgelts den Anschein eines vortheilhaften Geschäfts erwecken könnte. Doch braucht das Entgelt nicht bis zu minutiöser Genauigkeit der dem Schuldner gewährten Gegenleistung gleichzukommen. Man wird um einer geringfügigen Differenz willen, welche zwischen den nach sachverständigem Urtheile zu bemessenden Werthen der Leistung und der Gegenleistung zu Ungunsten des Schuldners schließlich sich herausstellt, und welche bei Geschäften gleicher Art im Verkehre nicht zu den Seltenheiten gehört, das Geschäft noch nicht ein objectiv nachtheiliges nennen dürfen. Solche Geschäfte dagegen, welche je nach den Chancen eines Zufalls von günstigem oder ungünstigem Erfolge begleitet sein können, werden um dieser letzteren Möglichkeit willen den unmittelbar benachtheiligenden zugerechnet werden müssen. Hierunter fallen nicht nur die eigentlichen aleatorischen Verträge, Spiel, Wette u. dergl.,

sondern auch gewagte Societätsverträge, Unternehmungen aller Art, deren Ausgang von der glücklichen Verkettung von außerhalb der Gewalt des Unternehmers liegenden Umständen abhängt. Diese Gesichtspunkte sind indeß nur Directiven. Das Gesammtbild des einzelnen Falls kann dem freien richterlichen Ermessen ein Abgehen von diesen Durchschnittsregeln als unumgänglich erscheinen lassen. Vergl. dazu Sarwey Anm. 3 zu § 23 S. 129 flg.; Stieglitz Bem. III. zu § 23 S. 132 flg.; Hullmann Anm. 5 zu § 23 S. 140.

B. Die Bezeichnung „Vermögensminderung" erregt sodann den Zweifel, ob die bloße Eingehung einer neuen rechtlichen Verbindlichkeit zu den anfechtbaren Vermögensentäußerungen zu rechnen sei. Vermindert doch in Wahrheit noch nicht die Eingehung einer obligatorischen Verpflichtung, sondern erst deren Erfüllung das Vermögen des sich Verpflichtenden. Nichtsdestoweniger unterliegt die Neubegründung einer Verbindlichkeit der Anfechtung und nur die Ausübung der Anfechtung ihr gegenüber hat ihre Besonderheiten. Ich hatte deshalb nicht ohne Absicht S. 47 oben betont, daß von einer anfechtbaren Rechtshandlung auch dann die Rede ist, wenn zufolge derselben Bestandtheile aus dem Vermögen des Schuldners nicht wirklich ausgeschieden sind, sondern bloß ausscheiden sollten, oder auszuscheiden drohten.

1. Für das gemeine Recht ist die Frage ausdrücklich entschieden. Die l. 1 § 3, l. 3 pr. und l. 6 § 9 D. 42, 8 h. t. führen als fraudationis causa gesta auf: quemcunque contractum, — sive se obligavit, — si stipulatus est. Huschke S. 29 meint, diese Stellen hätten bereits erfüllte Obligationen und den Fall der Revocation der zur Erfüllung hingegebenen Leistung im Auge (so wohl auch Voigt, über die condictiones ob causam Note 752 S. 788). Aus dem Wortlaut der Gesetze läßt sich das nicht entnehmen. Schey S. 145, 152; Meischeider S. 108; Reinhart S. 96; Schönemann S. 14. Sollte aber auch die actio Pauliana zur Anfechtung unerfüllter Verbindlichkeiten nicht gedient haben, so bestand hierfür ein eigenthümliches Mittel. Die l. 25 D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5 überliefert die Edictsbestimmung, daß demjenigen, welcher fraudis conscius mit dem nachmals Insolventen einen Contract eingegangen ist, auf Grund des Contracts actio denegirt werden solle. Die Klage, welche der Contrahent hier anzustellen beabsichtigt, und welche der Prätor ihm zu verweigern ankündigt, ist, wie Huschke S. 27 flg. scharfsinnig begründet, nicht eine gegen den Gemeinschuldner gerichtete — gegen diesen ist nach l. 25 § 7 D. h. t. jede Klage ex ante gesto abge-

schnitten —, sondern eine gegen den magister vendendorum bonorum oder, wie viel wahrscheinlicher, eine utilis gegen den emtor bonorum gerichtete und geht letzternfalls auf Zahlung der für des Klägers Contractsforderung ausfallenden vom emtor bonorum versprochenen Prozente. Vergl. dazu Rudorff S. 93 und Schey S. 151. Forderte ein Gläubiger die Aufstellung einer Klagformel zu diesem Zweck vom Prätor, obwohl er sein Contractsrecht unter Betheiligung an einer fraus des Schuldners erworben hatte, so paralysirte der Prätor, welcher auch einem solchen Gläubiger die missio in bona nicht wohl versagen konnte, die beanspruchte Mitbefriedigung aus dem Vermögen des Kridars dadurch, daß er die postulirte Klage dem Gläubiger verweigerte. In dessen Voraussicht wird der emtor bonorum den versprochenen Prozentsatz zu Gunsten der redlichen Gläubiger entsprechend erhöht haben, mithin die Schädigung derselben durch fraudulose Eingehung von Verpflichtungen seiten des Schuldners verhindert worden sein. Ganz den gleichen Sinn lege ich der l. 9 § 5 D. 12, 2 de jurejurando bei. Die actio de jurejurando, welche der Schuldner dem Gläubiger fraudulos verschafft hat, und nun gegen den bonorum emtor (zum Theil anders Huschke S. 28 Note 2 a. E.) geltend gemacht werden soll, ist entweder von vornherein in jure abzuweisen, zu denegiren, oder, wie hier hinzugefügt wird, durch die Hereinziehung der exceptio fraudatorum creditorum in die Formel in judicio zu entkräften, letzteres vermuthlich dann, wenn in jure die Bedingungen der denegatio nicht liquid gestellt werden konnten.

Für das gemeine Recht, in welchem das Edict der l. 25 cit. durch den Wegfall eines bonorum emtor sich erledigt hat, ergeben sich hieraus folgende Consequenzen. Man wird nach dem Inhalte, den die nicht erfüllte Obligation hat, zu unterscheiden haben.

Hat sie die Uebertragung eines zur Konkursmasse gezogenen Vermögensobjectes zum Gegenstand, so ist im gemeinen Recht der curator bonorum berufen, die Zusammenhaltung der Konkursmasse zu wahren, und deshalb auch den auf die fraudulos begründete Forderung basirten Angriff durch die Einrede der Anfechtbarkeit der Forderung abzuweisen.

Bringt dagegen die Eingehung der Obligation einen Anspruch auf Theilnahme an der Befriedigung aus der Konkursmasse, eine eigentliche Konkursforderung, zur Entstehung, so bietet sich im gemeinrechtlichen Konkursprozesse mit dem Liquidations- und Prioritätsverfahren und dem Ordnungserkenntnisse ein Ersatz der in l. 25 D. 42, 5 und l. 9 § 5 D. 12, 2 dargelegten römischen Rechtsmittel von selbst dar. Dem Gläubiger, welcher eine anfechtbar erworbene Forderung anmeldet,

hält der contradictor, der curator litis die exceptio fraudatorum creditorum entgegen. Wird die Einrede begründet gefunden, so wird der Gläubiger durch das Ordnungserkenntniß von der Theilnahme am Konkurse ausgeschlossen. Oberappellationsgericht Lübeck (1869) in Seuffert's Archiv Bd. XXIV. Nr. 298.

Auch die Eingehung einer wechselrechtlichen Verpflichtung ist gemeinrechtlich von der Anfechtbarkeit nicht ausgeschlossen. Zwar läßt die Contrahirung der wechselmäßigen Formalschuld, die Annahme, die Ausstellung, die Indossirung des Wechsels, da sie mit der bloßen Beurkundung, bez. unter Hinzutritt des Begebungsaktes zur Entstehung gelangt, ihrer äußeren Form nach nicht erkennen, ob die übrigen Bedingungen der Anfechtung vorliegen oder nicht. Allein das bildet auch für die Anfechtbarkeit sonstiger Verbindlichkeiten nicht eine Voraussetzung. Schon die bloße Constituirung der Wechselschuld intendirt die Verminderung des Vermögens des Schuldners, sofern sie, wenn unanfechtbar, getilgt werden müßte, und der Wechselgläubiger bei der konkursmäßigen Vertheilung des Vermögens die für die übrigen Gläubiger andernfalls ausfallende Deckung beschränken würde. Doch ist die Anfechtbarkeit der Wechselforderung aus einem anderen Grunde wesentlich umgrenzt. Sie kann nach art. 82 der Wechselordnung einredeweise — und die Zurückweisung aus dem Konkurse erfolgt ja auf dem Wege der Einrede des Contradictor — sie sei liquid oder nicht, nur geltend gemacht werden, wenn sie unmittelbar gegen den anmeldenden Wechselgläubiger begründet ist. Das ist sie, wie hier vorweggenommen werden mag, nicht bloß, wenn der Liquidant die Wechselforderung schenkungsweise erwarb, oder für seine Person an dem dolus des Gemeinschuldners participirte und sie von dem Letzteren selbst erwarb, sondern zufolge allgemeiner Grundsätze (§ 19 II. 1) auch, wenn er ein Rechtsnachfolger des bei der Schöpfung der anfechtbaren Rechtshandlung unmittelbar betheiligten mit conscientia fraudis behafteten Wechselgläubigers ist und zur Zeit des Erwerbes der Wechselforderung von der fraus des sich verpflichtenden Gemeinschuldners Kenntniß hatte. Ob diese weiteren Voraussetzungen in der Person des Wechselgläubigers gegeben sind, ergiebt sich demnach nur aus Thatsachen, welche neben der Contrahirung der Wechselschuld nebenherlaufen.

2. Für das sächsische Recht schlägt rücksichtlich der Frage, ob die bloße Eingehung einer Verpflichtung anfechtbar sei, eine Aeußerung der speciellen Motiven zu § 1509 flg. des Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 842 Nr. 1 ein:

„Da die actio Pauliana bloß dann begründet ist, wenn der Schuldner sein Vermögen vermindert, so ist sie ausgeschlossen, wenn der Schuldner — — neue Verbindlichkeiten übernimmt. Letzternfalls ist eine Veräußerung erst dann anzunehmen, wenn die neu übernommenen Verbindlichkeiten zum Nachtheile der Gläubiger erfüllt werden."

Damit scheint statuirt, daß die Bestimmungen der § 1509 flg. des Gesetzbuchs auf die Eingehung obligatorischer Verbindlichkeiten, folgeweise auch auf die Contrahirung von Wechselschulden überhaupt keine Anwendung haben finden sollen. Die Fassung des Gesetzes selbst in § 1509: „Wer — mindert" (nicht auch: „zu mindern unternimmt") scheint gleichfalls die absolute Ausschließung der Begründung von Verbindlichkeiten von dem Anfechtungsgebiete zu erheischen und auch nicht bloß die klagweise Geltendmachung der Anfechtbarkeit dieser Akte zu verbieten. Die Motiven ebenso wie die Schriftsteller, welche diese ihre Aeußerung reproduciren, Siebenhaar, Commentar zu § 1510, Wengler, Konkurs der Gläubiger nach Königl. Sächs. Rechte § 43 S. 213 bei Note 17, verhehlen sich freilich die daraus abzuleitenden Consequenzen. Man würde hiernach zu verneinen haben, daß der curator litis eine beim Konkurse angemeldete nicht erfüllte Forderung, welche durch die fraudulose Uebernahme einer Verpflichtung seiten des Schuldners zur Entstehung gekommen ist, mittelst Einrede zurückweisen könnte. Man würde nicht anerkennen dürfen, daß die gleiche Befugniß dem curator bonorum gegenüber einem ebenso anfechtbaren auf Uebertragung eines zur Masse gezogenen Vermögensstücks gerichteten Anspruche zustehe.

Ich glaube nicht, daß die Motiven zu diesen unnatürlichen Consequenzen berechtigen. Zwar ist die Geltendmachung des Anfechtungsrechts gegen fraudulose Eingehung von Verpflichtungen im Wege der Klage schon an sich abgeschnitten. Es fehlt immer an einem Gegenstand, dessen Zurückführung zu dem Vermögen des Schuldners erzielt und erreicht werden könnte. Nur eine unter den Bedingungen des § 147 Bürgerlichen Gesetzbuchs begründete Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Obligation ließe sich denken. Allein ergreift der Gläubiger Anstalten, welche die Erfüllung der Obligation unmittelbar bezwecken, und würde durch diese Erfüllung eine Benachtheiligung der Gläubiger bewirkt, dann muß auch dem Anspruche der Gläubiger, obwohl seine Voraussetzungen nach dem Wortlaute des Gesetzes noch nicht in ihrem vollen Umfange verwirklicht sind, doch die Kraft innewohnen, daß er den im Falle der Erfüllung anfechtbaren Obligationsanspruch des Gläubigers zurückschlägt, § 144, 3. Satz des Bürgerlichen

Gesetzbuchs, und spec. Motiven zu diesem Paragraphen S. 616 Nr. 1. In diesem Maße vindicire ich dem gemeinrechtlichen Dolo facit, qui petit, quod redditurus est, l. 8 pr. D. 44, 4 de dol. m. et m. exc. l. 173 § 3 D. 50, 17 de reg. jur., Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XVIII. S. 413, auch für den Bereich des Gesetzbuchs Anerkennung. Dem curator litis, welcher im Verhältniß zu den Liquidanten insoweit nicht bloß den Gemeinschuldner zu vertreten, sondern auch die Interessen der Gläubigergesammtheit zu wahren hat, kommt deshalb auch im sächsischen Konkursprozesse die Füglichkeit zu, die Ausschließung des aus einer vom Schuldner übernommenen nicht erfüllten Verbindlichkeit zum Gläubiger gewordenen Liquidanten aus dem Konkurse zu erlangen. (Aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Gesetzbuchs gehört hierher das Präjudicat im Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1862 S. 483 verb. 477.) Ebenso hat der Gütervertreter die Anfechtbarkeit einer Forderung geltend zu machen, welche auf die Aussonderung von zur Masse gezogenen Gegenständen gerichtet sind. In diesem Sinne hat sich die sächsische Spruchpraxis ausweislich der in Wengler's Archiv Bd. I. S. 570 flg. abgedruckten Entscheidungen schlüssig gemacht. Jene Aeußerung der Motiven und den § 1509 darf man auch hier nicht beim Worte nehmen: die eingegangene Verbindlichkeit ist noch nicht erfüllt, das Vermögen des Schuldners in Folge des Vertrags noch nicht wirklich gemindert. Und doch habeu die erkennenden Gerichte nach den eben citirten Entscheidungen auch nicht einmal einen Zweifel aufgeworfen, daß dem Gütervertreter gegen den Angriff des Gläubigers die exceptio Pauliana mit Erfolg zur Seite stehe. Vergl. gegen die Motiven auch Schönemann S. 58, 59.

3. Daß auch die Eingehung einer Verpflichtung eine anfechtbare Rechtshandlung sei, ist für die Deutsche Konkursordnung außer Zweifel gesetzt. Die Motiven zu § 22 S. 1413 erwähnen ausdrücklich, wie die Anfechtung sich auf Rechtsgeschäfte erstrecke, durch welche der Schuldner nur rechtlich verpflichtet wird, ein Werthsobject aus seinem Vermögen aufzugeben.

Dahin gehört auch die Begründung einer wechselrechtlichen Verbindlichkeit.

Rücksichtlich der letzteren ist zwischen den Kommentatoren der Konkursordnung v. Sarwey und v. Völderndorff eine Meinungsverschiedenheit zu Tage getreten.

Sarwey Anm. 2 zu § 22 S. 121—123, Anm. 3, 7 und 12 zu § 23 S. 131, 134, 136 flg., welcher sich sehr eingehend mit der Anfechtbarkeit der Wechselforderungen beschäftigt, legt den Gedanken zu

Grunde, eine wechselrechtliche Verpflichtung als solche und für sich allein lasse kein Urtheil darüber zu, ob sie die Gläubiger benachtheilige oder nicht, diese Frage lasse sich nur aus dem der Wechselverpflichtung unterliegenden Rechtsverhältnisse beurtheilen. Völderndorff Anm. e II. zu § 23 S. 271 und 272 besonders in Note 17 tritt dieser Auffassung mit Energie entgegen und betont, die Beschaffenheit des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses komme nur in Frage, wenn es selbst angefochten werden solle, das Wechselgeschäft müsse aus sich und nur aus sich beurtheilt werden.

Nach meinem Dafürhalten liegt das Richtige in der Mitte. Soweit für die Anfechtbarkeit der Wechselschuld subjective Erfordernisse vorliegen müssen, z. B. die Kenntniß der Zahlungseinstellung auf Seite des die Wechselforderung Erwerbenden, die Benachtheiligungsabsicht des Schuldners, die Kenntniß des Gläubigers oder seines Rechtsnachfolgers von der fraus des Schuldners, ist das Vorhandensein dieser Voraussetzungen an der Eingehung der bloßen Formalobligation oder an dem Erwerbe der Wechselforderung zu erkennen und festzustellen. Ob die Bewußtseinsmomente auch bei dem die causa der Wechselverpflichtung abgebenden Geschäfte vorgelegen haben, oder nicht, wird gleichgültig bleiben müssen. Dagegen hat Sarwey gewiß Recht, daß der Eingehung der Wechselschuld nicht anzusehen ist, ob sie zur Verkürzung der Gläubiger gereichen werde und gereicht habe. Allgemeiner: alle objectiven Eigenschaften und Wirkungen der Handlung, von denen ihre Anfechtbarkeit abhängt, lassen sich nur durch das Zurückgreifen auf das unterliegende materielle Rechtsverhältniß beurtheilen und darthun. Danach beantworten sich die Fragen, ob die Eingehung der Wechselverpflichtung unentgeltlich oder entgeltlich, um angemessene Gegenleistung oder nicht erfolgt sei, ob sie einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewährt habe, eventuell eine solche, welche der Gläubiger nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Aus der causa des Wechselgeschäfts und nur aus ihr muß sich auch ergeben, ob an demselben die Voraussetzung des § 23 Z. 1, erster Satz getroffen ist, daß durch seine Eingehung unmittelbar eine Benachtheiligung der Gläubiger herbeigeführt wird, und es kann Völderndorff nicht zugestimmt werden, welcher l. c. von der Ausstellung des Wechsels (nicht auch von der Indossirung) behauptet, daß sie schlechthin und immer die Benachtheiligung der Gläubiger einschließe. Wer als Gegenleistung dafür, daß er einen Wechsel über 100 ausstellt, vertragsmäßig 1000 gezahlt erhält, handelt nur zum Vortheil seiner Gläubiger: wie soll dann

die Anfechtbarkeit dieser Handlung aus § 23 Z. 1, erster Satz gerechtfertigt werden? Vergl. Sarwey S. 131 Nr. 1; Stieglitz Bem. III. 3 zu § 23 S. 134.

§ 8.

d) Die Annahme des Geschuldeten.

Nimmt der künftige Gemeinschuldner den Gegenstand eines Forderungsrechts zur Erfüllung des letzteren, vor allem eine ihm geschuldete Zahlung an, so veräußert er untrennbar die so getilgte Forderung, Gaj. II. § 84, l. 15 D. 46, 3 de sol. Der Begriff der Vermögensentäußerung ist deshalb gedeckt. Auch eine Verkürzung der Gläubiger könnte der Schuldner durch die Annahme der Erfüllung bezwecken und erreichen, wenn er den in Empfang genommenen Gegenstand, z. B. das vereinnahmte Geld zum Nachtheil der Gläubiger verschleudert, während die mit der Zahlungsannahme getilgte Forderung des Schuldners, wenn sie fortbestanden hätte, den Gläubigern ein bequemes Befriedigungsobject gebildet hätte. Dennoch ist die Entäußerung des Forderungsrechts, welche mit der Leistung an den Gemeinschuldner unlöslich verknüpft ist, selbst wenn der Schuldner unter Mitwissenschaft des Zahlenden die Zahlungsannahme zur Verkürzung der Gläubiger zu benutzen beabsichtigte und benutzte, sowohl nach sächsischem Recht (specielle Motiven zu § 1510 des Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 842 Nr. 1; Siebenhaar, Lehrbuch § 453 S. 710), als nach gemeinem Recht von der Anfechtbarkeit ausgeschlossen.

Für das gemeine Recht behauptet kein Schriftsteller das Gegentheil. Die Mehrzahl derselben findet den Satz sogar in l. 6 § 6 D. 42, 8 h. t. ausdrücklich ausgesprochen. Laspeyres S. 58 flg.; Vangerow III. § 697 I. 2; Huschke S. 31 besonders in Anm. 1; Windscheid § 463 Note 31; Zürcher S. 21; Fischer S. 10 flg.; Struckmann S. 283. Motiven zu § 23 der Konkursordnung S. 1417. Da der Auslegung dieser Stelle auch für andere unten zu berührende Fragen gewichtige Bedeutung zugemessen wird, will ich gleich an diesem Orte meine Meinung darüber äußern. Ich verstehe mit Franke S. 140 flg., 263, 286; Meischeider S. 68 und Schey Anm. 32 S. 134 unter dem eum, qui suum recipiat, nicht den Cridar, sondern den von ihm eine Zahlung annehmenden Gläubiger und beziehe die Entscheidung der Stelle auf diejenigen Zahlungen, welche von dem Cridar an seine Gläubiger, nicht von dem Schuldner des Cridars an diesen geleistet werden. Die Gründe, welche diese Meinung rechtfertigen, sind in ausgezeichneter Weise von Petzoldt, Zeitschrift für Rechtspflege und

Verwaltung, N. F. Bd. XIX. S. 490 flg. entwickelt, alle entgegenstehenden Bedenken beseitigt worden. Den überzeugenden Ausführungen dieses Rechtslehrers möchte ich nur das hinzufügen. Das Hauptgewicht lege ich darauf, daß von den Worten Totum enim edictum an unbestritten der Cridar als Subject der Contracte eingeführt wird, auf welche sich nach Labeo's Dafürhalten das Edict bezieht, z. B. Pfandbestellung, Verkauf, und daß in diesem Satze Contracte getroffen sind, welche der Cridar mit seinem Gläubiger, nicht mit seinem Schuldner schließen kann. Grund der Anfechtbarkeit dieser Contracte, meint Labeo, sei das Vorhandensein des edictmäßigen Erfordernisses: der Freiheit der Willensbestimmung des handelnden Cridars. Der Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung in den voraufgehenden Sätzen soll der Mangel dieser Freiheit, die Erzwingbarkeit der Handlung, das genaue Gegenstück desjenigen Grundes bilden, welchen Labeo für die Anfechtbarkeit der im Satze Totum enim edictum gemeinten Contracte für ausschlaggebend erachtet. Offenbar hat daher Labeo gleiche Objecte im Auge, welche je nach dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der (vermeintlichen vergl. S. 68) edictmäßigen Anforderung anfechtbar oder unanfechtbar seien. Nur die Begründung, warum das eine oder das andere einzutreten habe, liegt ihm am Herzen; darin ist der Gegensatz, den er erkenntlich machen will, erschöpft: Freiheit des Willens oder nicht; daß er überdies die Handlungen des Cridars mit ganz verschiedenen Personen vergleichen wolle, dafür fehlt jeder Anhalt. Bildet nun im letzten Satze unzweifelhaft ein Rechtsgeschäft des Cridars mit seinem Gläubiger den Gegenstand der Betrachtung Labeo's, so kann man mit Zuversicht annehmen, daß ein Rechtsgeschäft mit derselben Person auch in den vorderen Sätzen in Rede steht. Eum, qui suum recipiat im Eingange wird daher der Zahlung empfangende Gläubiger des künftigen Cridars, eum, quem cogat der Zahlung leistende Schuldner sein. —

Trotz des Mangels einer ausdrücklichen Quellenentscheidung, welchen ich hiernach annehme, billige ich doch für das gemeine Recht die Ansicht derer, welche die Unanfechtbarkeit der Annahme des Forderungsobjects durch den künftigen Gemeinschuldner behaupten. Wenn der Schuldner des Letzteren gegen diesen seiner Rechtspflicht genügt, und dafür als Gegenleistung eintauscht, daß der Cridar die getilgte Forderung aufgeben muß, so tritt diese Aufhebung des Forderungsrechts um deswillen ein, weil dem Cridar die Verbindlichkeit obliegt, die Entäußerung seiner Forderung als die dem zahlenden Schuldner zukommende Gegenleistung wider sich gelten zu lassen. Der Cridar

erfüllt daher mit der an die Annahme der Zahlung geknüpften Aufgabe seines Forderungsrechts lediglich eine gegen ihn begründete Rechtspflicht, die Leistung des fällig Geschuldeten aber ist nach gemeinem Recht unanfechtbar, vergl. § 9. Dem Zahlenden steht das suum tantum recepit wie das sibi vigilavit (vergl. S. 68 und 79) zur Seite. Es wäre unbillig, ihn aus Rücksichtnahme auf die Gläubiger seines Gläubigers an ordnungsmäßiger Befriedigung des nachmaligen Cridars und Erlangung der Befreiung von seiner Schuld zu verhindern, wenn er auch von der Verkürzungsabsicht seines Gläubigers Kenntniß erhalten hat, und ihm die gerichtliche Deposition des Geschuldeten anzusinnen. Böswilligen Schuldnern würde das Recht zur Verweigerung der Zahlung aus dem Grunde, weil der Empfänger die Zahlung seinen Gläubigern entziehen könnte, einen bequemen Vorwand zur Hinhaltung jedes Gläubigers bieten.

Die Deutsche Konkursordnung durfte und mußte die Anfechtung der Annahme des Geschuldeten zulassen, weil sie die Unanfechtbarkeit der Erfüllung des Geschuldeten aufgab, § 9 Nr. 3 S. 70 flg. Betrügliche Collusionen zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Schuldner wegen Befriedigung des Ersteren, z. B. in der Richtung, daß der Erstere Gelegenheit gewinnt, den geleisteten Gegenstand bei Seite zu bringen, sind daher der Anfechtbarkeit aus § 24 der Konkursordnung ausgesetzt. Motiven zu § 23 derselben S. 1417. Dagegen läßt sich das mit der Annahme des Geschuldeten durch den Cridar verbundene Aufgeben seines Forderungsrechts dem § 23 Z. 1 Thl. 1 der Konkursordnung wenigstens in dem Falle nicht unterordnen, wenn der Cridar die ihm fällig zukommenden Leistungen im vollen Betrage erhält. Denn alsdann gebricht es an dem Requisit (§ 7 Aa S. 50), daß die Konkursgläubiger durch die Eingehung des anzufechtenden Rechtsgeschäfts unmittelbar benachtheiligt werden. Mandry § 38 S. 382 aa. Würde indeß der Cridar nur einen Theil seiner Forderung erhalten und gleichwohl die ganze Forderung aufgeben, so fällt das hierauf gerichtete Rechtsgeschäft unter § 23 Z. 1 Thl. 1. Andererseits gehört die Annahme des Geschuldeten nicht zu den Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren. (§ 23 Z. 1, 2. Satz.) Wenn auch der Schuldner des Cridars die Befreiung von seiner Schuld erlangt, so ist er seines hierauf zielenden Anspruches halber kein Konkursgläubiger und nur der Cridar ist es, welchem mit der Leistung seines Schuldners eine Befriedigung gewährt wird. Vergl. Motiven l. c.; Völderndorff Anm. i. zu § 23 S. 276 bei Note 34; Sarwey Anm. 6 zu § 23 S. 134; Stieglitz

Bem. VII. zu § 23 S. 144; Hullmann Anm. 5 Abs. 2 zu § 23 S. 140; Fuchs § 8 S. 48 bei Note 13.

§ 9.

e) Die Erfüllung der fälligen Schuld.

1. Gemeines Recht.

Ob die Erfüllung einer rechtsgültigen (nicht bloß naturalen) fälligen Verbindlichkeit, welche der künftige Gemeinschuldner seinem Gläubiger leistet, zu den anfechtbaren Vermögensentäußerungen gehöre, ist auf dem Boden des gemeinen Rechts eine alte und berühmte vielbehandelte Streitfrage. Neuerdings sind mit Ausnahme von Laspeyres alle Rechtslehrer darüber einig, daß die Frage zu verneinen ist. Allein je mehr die Meinungen der Schriftsteller in dieser Lösung der Kontroverse und zumeist auch in der Auslegung der maßgebenden römischen Gesetzesstellen einhellig geworden sind, um so heftiger ist der Streit über den inneren Grund entbrannt, warum das römische Recht die actio Pauliana auf Zahlungen nicht erstreckt habe. Die Auffassung davon aber, worin das legislative Motiv der römischen Quellen für die Unanfechtbarkeit der Zahlung, des principalen Deckungsgeschäftes liege, ist präjudiciell für die Beantwortung der weiteren Fragen, ob Deckungsgeschäfte anderer Art wie die Hingabe an Zahlungsstatt, und Sicherungs-, das sind: eventuelle Deckungsgeschäfte, vor allem die Bestellung eines Pfandrechts im gemeinen Recht gleichfalls unanfechtbar sind oder nicht.

a) Zunächst ist die Richtigkeit der fast nicht mehr bestrittenen Meinung, wie die ersterwähnte alte Kontroverse gelöst werden müsse, darzulegen. Der Satz, daß eine vor der missio in bona bewirkte Zahlung des Geschuldeten an den Gläubiger von der Anfechtung frei bleibt, selbst wenn alle Voraussetzungen der actio Pauliana zusammentreffen, wird mit überzeugender Klarheit an drei Stellen ausgesprochen, l. 6 § 7 D. 42, 8 h. t., l. 10 § 16 ib., l. 24 ib. von den Worten an Quid ergo, si verb. mit l. 129 pr. D. 50,17 de reg. jur. Die l. 24 cit. betont sogar, daß der Grundsatz nicht bloß gelte, wenn der Schuldner aus freiem Antriebe und ungemahnt die Zahlung geleistet, si obtulerit, sondern auch wenn der Gläubiger dem Schuldner die Zahlung durch Drängen und Mahnen herausgepreßt hatte, si extorserit invito. Vangerow III. § 697 I, 2; Meischeider S. 70. Nach der in § 8 vertheidigten Auslegung der l. 6 § 6 D. h. t. ist auch diese Stelle hierher zu ziehen. Die vorzügliche Deutlichkeit der angezogenen Gesetze hat das Aufkommen abweichender Meinungen nicht verhindert. Weit ab von dem

Grundsatz der Unanfechtbarkeit der Zahlungen entfernte sich ehemals die sogenannte Gratificationstheorie, welche bis zu der Abhandlung Franke's im Archiv für civilistische Praxis Bd. XVI. S. 125—142, 251—270 (1833), die zwar niemals unbestrittene, aber doch die herrschende Meinung in der Doctrin des gemeinen Rechts und besonders auf Grund Gottschalk's selectae discept. for. Tom. I. cap. XXXVI. p. 368—401 von dem sächsischen Gerichtsbrauche bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs befolgt war, vergl. die bei Siebenhaar, Commentar zu § 1509 Note 3 angeführten Präjudicien des Königl. Oberappellationsgerichts Dresden; Petzoldt, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. XIX. S. 501; Schönemann S. 56, 57; Wengler, Commentar zur Konkursordnung S. 200 Note. (Von dem Fall in Annalen, N. F. Bd. III. S. 127—131 ab änderte das Königl. Oberappellationsgericht Dresden seine Meinung.)

Diese Theorie ging dahin: Der insolvente Schuldner solle nicht berechtigt sein, animo gratificandi einzelne Gläubiger durch Befriedigung vor den anderen zu begünstigen. Eine solche Bevorzugung nahm man an, wenn der Schuldner beim gleichzeitigen Andringen mehrerer Gläubiger nur einzelne, oder nicht alle gleichmäßig, oder keinen von ihnen, sondern einen Gläubiger, welcher den Schuldner noch gar nicht gedrängt hatte, befriedigte. Ja beim Andringen mehrerer Gläubiger unterschied man wieder Stufen und Grade der Vigilanz mit der Bedeutung, daß derjenige, welcher am meisten heftig, schleunig und oft und mit nachdrücklicherer Energie als andere gemahnt und gefordert hatte, jede an einen minder rührigen Gläubiger geleistete Zahlung mit der „actio gratificatoria“ zu revociren befugt war. Vergl. die ausführlichen Unterscheidungen bei Dabelow S. 427 flg. und S. 430 Note c und Unterholzner Bd. II. S. 99; Kori § 44,3; dazu Franke l. c. S. 135 zwischen Note 20 und 24.

Die wissenschaftliche Stütze für diese Ansicht boten l. 6 §§ 1 und 2 D. 42, 5 de reb. auct. jud. poss. und der Anfang der l. 24 D. h. t. 42, 8. Diese Stellen handeln aber durchaus nicht von Anfechtungen mittelst der Paulianischen Klage. Sie betreffen einen singulären und deshalb jede analoge Anwendung ausschließenden erbrechtlichen Fall. Wenn ein Pupill als suus heres sich in die Erbschaft seines Vaters eingemischt und mit den Beständen des Nachlasses Schulden des Vaters berichtigt hatte, dann aber von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht und der Nachlaß sich überschuldet zeigt, so sollen die vom Pupill geleisteten Zahlungen gültig bleiben, unter der einzigen Voraussetzung,

daß der Pupill die Zahlungen nicht in der Absicht, den befriedigten Nachlaßgläubiger vor anderen zu begünstigen, gewährt hat. Da der Prätor den sich der Erbschaft entschlagenden suus heres von der Entschlagung ab in allen Beziehungen nicht mehr als Erben behandelte, so hätte man erwarten sollen, daß er auch die Rechtsacte des suus heres vor der Abstention als nicht geschehen ansehe. Die angeführten Stellen sprechen das Gegentheil aus. Befand sich der Pupill oder sein tutor nur in gutem Glauben, dann behält der Gläubiger, qui juste exegerat, was er aus dem Nachlasse erhalten hat; die übrigen Gläubiger büßen ihre Nachlässigkeit. Hätten dieselben aber von dem Pupill ebenso wie die befriedigten Gläubiger die ihnen gebührende Leistung beansprucht, und hätte der Pupill dessenungeachtet andern Gläubigern vor ihnen — per gratificationem — dolos Genüge gethan, dann stünde ihnen allerdings gegen die bevorzugten Gläubiger ein Anspruch auf Anfechtung der Zahlung zum Zwecke ihrer gleichmäßigen Befriedigung aus den zur Zahlung hingegebenen Mitteln zu. Hiernach unterscheidet sich der in l. 6 §§ 1 und 2 cit. und in l. 24 cit. behandelte Fall ganz wesentlich von den Fällen, auf welche das Paulianische Anfechtungsrecht sich bezieht. Der Prätor bewahrt hier aus Billigkeitsgründen Rechtsgeschäften die Gültigkeit, welche ihnen abgesprochen werden müßte, wenn er aus der Entschlagung des suus heres von der Erbschaft die vollen Consequenzen zöge: mit der actio Pauliana werden im diametralen Gegensatze Rechtsakte, welche an sich vollkommen gültig sind, in ihrer Wirksamkeit gegenüber den Gläubigern beseitigt; Franke S. 254; Göschen Bd. II. Abth. 2 § 632 Z. 2; Meischeider S. 70. Dieser Unterschied ist handgreiflich; der Zweifel, ob die Entscheidung des Falls in den citirten Stellen analoger Ausdehnung für das Paulianische Anfechtungsrecht fähig sei, konnte kaum auftauchen: und doch wird auch dieser Zweifel in der l. 24 cit. von den Worten: Quid ergo an noch ausdrücklich abgeschnitten. Damit verliert die Gratificationstheorie jeden Halt.

Von dieser Theorie abgesehen, ist die Unanfechtbarkeit einer vom Gemeinschuldner geleisteten Zahlung nur von Laspeyres, Archiv für civil. Praxis Bd. XXI. S. 35—100 (1838) bestritten worden. Laspeyres will den römischen Quellen nur den Satz entnehmen, daß faktisch der Regel nach eine Zahlung mit der actio Pauliana nicht angegriffen werden könne, daß sie aber im Principe gleich jeder Vermögensentäußerung der Anfechtbarkeit ausgesetzt bleibe, dafern nur die übrigen Voraussetzungen derselben, dolus des Schuldners und conscientia fraudis des Zahlungsempfängers nachgewiesen würden.

Allein die Darlegungen dieses Schriftstellers sind nicht überzeugend. Sein Versuch S. 65 flg., den klaren Sinn der oben als Hauptbelege unserer Ansicht aufgeführten Stellen zu erschüttern, und der weitere S. 78—96, der l. 6 §§ 1 und 2 D. 42, 5 de reb. auct. jud. poss. und der l. 24 D. h. t. 42, 8 ein Argument gegen die hier vertretene Meinung abzugewinnen, ist als vollkommen mißlungen zu bezeichnen. Nur zwei Stellen, welche Laspeyres heranzieht, bedürfen noch der Besprechung. Nach l. 25 § 1 D. h. t. ist gegen einen Schwiegersohn, welcher von seinem Schwiegervater eine von diesem fraudulos bestellte dos seinerseits ohne Mitwissenschaft der Gefährde des Schwiegervaters erhalten hatte, die actio Pauliana nicht statthaft, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei debetur, acceperat. Zweifelhaft ist, ob der Gläubiger schlechthin mit dem ignorans maritus s. gener auf einer Stufe stehe oder ob nur der Gläubiger, falls er ignorans fraudis sei, mit dem gener verglichen werden solle, deshalb aber gegen den Gläubiger, welcher Mitwissenschaft der Verkürzungsabsicht des zahlenden Schuldners habe, die actio Pauliana wie gegen den sciens maritus zugelassen werde. Ich halte das erstere für richtig. Als Grund, warum die Klage gegen den ignorans maritus nicht geht, fügt Venulejus hinzu: cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit. Damit wird die Ansicht abgewiesen, als sei die Bestellung einer ad sustinenda onera matrimonii bestimmten dos für den Schwiegersohn eine Schenkung. Wäre sie das, dann müßte die actio Pauliana auch gegen den ignorans maritus, wenngleich nur auf die Bereicherung, gehen. Ebensowenig, darin liegt das tertium comparationis, kann die Zahlung an einen Gläubiger unter den Gesichtspunkt der Schenkung gestellt werden und muß aus diesem Grunde gleichfalls von der Anfechtung befreit bleiben. Dieses Vergleichsmoment giebt keinen Anlaß, zwischen dem sciens und ignorans creditor zu unterscheiden. Hat dasselbe, wie auch Laspeyres S. 64 zugiebt, dem Venulejus wirklich vorgeschwebt, dann hat er auch gar nicht beabsichtigt, stillschweigend zugleich den sciens creditor dem sciens maritus in Parallele zu stellen, und es folgt daraus, daß im zweiten Satz der Stelle die actio Pauliana wider den sciens maritus für zulässig erklärt wird, nichts für die Unterstellung, daß gegen den sciens creditor dasselbe gelten müsse. Für Laspeyres' gegentheilige Meinung sprechen freilich die bei ihm S. 65 Note 65 abgedruckteu Basiliken. Gegen ihn Vangerow III. § 697 I. 3; Franke S. 141, 142; Reinhart S. 115 flg.; Fischer S. 13; Zürcher S. 13.

Für entscheidend erachtet Laspeyres S. 96 flg. endlich die

l. 96 pr. D. 46, 3 de solut. In diesem Gesetz giebt Papinian einem Pupill das interdictum fraudatorium gegen den Gläubiger seines tutor in dem Falle: Der tutor hat einen von der bösen Absicht des tutor unterrichteten Schuldner des Pupillen zur Zahlung an seinen, des tutor, Gläubiger delegirt und so seine eigene Schuld aus dem Vermögen des Pupillen gedeckt, der Delegatar aber, also des tutor vormaliger Gläubiger, an welchen der Schuldner des Pupillen wirklich gezahlt hat, ist Mitwisser der Betrügerei gewesen. Es fragt sich an erster Stelle, wer die Person ist, deren Handlung angefochten werden soll, in deren Vermögen später die missio verfügt worden ist? Laspeyres und mit ihm Vangerow III. § 697 I. 4; Reinhart S. 117 flg.; Fischer S. 14; Zürcher S. 13 und 14 antworten: der tutor. Diese Antwort kann unmöglich richtig sein. Denn der tutor nimmt nicht eine Entäußerung eigenen Vermögens vor, sondern er verwendet eine fremde Forderung zur Tilgung einer eignen Schuld; sein Rechtsgeschäft ist eine Vermögensvermehrung, nicht eine Vermögensentäußerung. Wie soll solch vortheilhaftes Handeln der Gegenstand einer Anfechtung seiner Gläubiger sein? Vergl. § 4 a. E. S. 29. Und wie kommt der Pupill zu dem Interdict, der erst durch die treulose Delegation des tutor Gläubiger des Letzteren ex capite doli wird? Zu einer haltbaren Auslegung ist nur zu gelangen, wenn man an einen Konkurs des debitor pupilli denkt. So Huschke S. 84 und Schey S. 167, 168 und Note 155. Der debitor pupilli hat malo consilio sein Vermögen durch die gemäß der Anweisung des untreuen tutor geleistete Zahlung vermindert und, ohne ein Aequivalent einzutauschen, leichtsinnig verschwendet; denn seine Schuld gegen den Pupill ist bestehen geblieben. Der creditor tutoris dagegen hat unter conscientia fraudis eine Zahlung entgegengenommen, auf welche ihm aus den Mitteln, mit denen sie geleistet wurde, kein Anspruch zustand. Um deswillen rechtfertigt sich gegen ihn die Anfechtung des Pupillen vortrefflich. Dann beweist aber l. 96 nichts für die Ansicht Laspeyres'. Denn das anzufechtende Rechtsgeschäft ist nicht die Zahlung und Tilgung einer rechtmäßig bestehenden Schuld an den rechten Gläubiger, sondern die wissentliche Zahlung eines indebitum an den Mitwisser. Daß solche der Anfechtung unterliegt, wird Niemanden Wunder nehmen. Damit ist der letzte Angriff gegen den Satz zurückgewiesen, daß das römische Recht die Erfüllung des fällig Geschuldeten durch den künftigen Cridar den anfechtbaren Rechtsakten nicht zugezählt hat.

b) Ich gehe zu der Frage nach dem legislativen Bestimmungs-

grund über, welcher das römische Recht zu jenem Satz veranlaßt hat. Es wurde schon betont, welche Tragweite der Erkenntniß dieses Grundes zukommt und wie darüber noch gegenwärtig die verschiedensten Ansichten verbreitet sind. Fischer S. 16—27 hat deren, seine eigene eingerechnet, nicht weniger als sechs oder sieben angeführt.

Zunächst sind die Meinungen der Rechtslehrer zu verwerfen, welche leugnen, daß auf die Zahlung des Geschuldeten an sich alle Erfordernisse der actio Pauliana Anwendung leiden können.

So haben Brinz I. § 123 S. 530 flg. und Zürcher S. 9 (gleicher Ansicht wohl Huschke S. 32) der Zahlung die Eigenschaft der deminutio patrimonii abgesprochen, weil sie den Begriff der Vermögensminderung, welche die Pauliana actio voraussetzt, auf die Minderung der Gesammtheit der Befriedigungsmittel des Schuldners beschränken. Diese Auffassung ist in § 7 A widerlegt worden. Vergl. auch Struckmann S. 278 flg.

Alsdann bestreitet Vangerow III. § 697 I. 1, daß auf Seiten des Zahlungsempfängers mala fides, conscientia fraudis denkbar sei. Ebenso Sintenis II. § 124 Anm. 26 Z. 5; Holzschuher Bd. III. S. 1062, 1063; Göschen Bd. II. Abth. 2 § 630 S. 611; Schönemann S. 22; Reinhart S. 112; Mankiewicz S. 48; Dernburg, preußisches Privatrecht Bd. II. S. 289 bei Note 7; Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XV. S. 51 identisch mit Seuffert's Archiv Bd. XXXI. Nr. 89. Der Zahlungsempfänger habe ein wohlbegründetes Recht auf die Zahlung, ein dolus desselben sei ausgeschlossen, wie bei jedem, der von seinem Rechte Gebrauch mache, gleichviel ob das unreine Motiv des Schuldners dem Gläubiger bekannt geworden sei oder nicht. Allein daß der Zahlungsempfänger unter den Voraussetzungen der actio Pauliana ein Recht auf die Zahlung habe, ist petitio principii. Würde vom positiven gemeinen Recht die Anfechtbarkeit auf Zahlungen erstreckt, dann hätte der Gläubiger nicht nur kein Recht zur Annahme, sondern die Pflicht zur Zurückweisung der Zahlung. Der Vordersatz, den Vangerow voraussstellt, ist deshalb nur die Folge des positivrechtlichen Grundsatzes, daß Zahlungen unanfechtbar bleiben, und kann unmöglich, wie bewiesen werden soll, der Grund desselben Satzes sein: so dreht sich die Argumentation Vangerow's in der That im Kreise. Sie paßt übrigens auf jedes fraudulose Geschäft, an welchem der Anfechtungsgegner Theil nimmt. Derselbe macht an sich immer von seinem Rechte, Verträge zu schließen u. s. w., Gebrauch und doch trifft ihn der Vorwurf der in der conscientia fraudis bestehenden Schuld, weil ihm verboten ist,

unter den Voraussetzungen der Anfechtung mit dem Cridar in Verkehr zu treten. Die Annahme der Zahlung hingegen ist ihm unter allen Umständen gestattet und rechtmäßig. Nur weil sie dies ist, kann von Civilunrecht und Schuld bei ihm nicht die Rede sein. Wäre sie gleichfalls verboten, so könnte dem Zahlung empfangenden Gläubiger auch conscientia fraudis beiwohnen.

Ich vermag daher nicht einzusehen, warum Zahlungen an sich zu den fraudationis causa gesta nicht gehören könnten. Der Nachweis des Gegentheils ist nicht nur wissenschaftlich von Laspeyres, besonders S. 54 flg., erbracht, sondern springt auch aus den modernen Rechtsschöpfungen in die Augen. Vergl. noch Struckmann S. 279, 280; Schey Anm. 35 S. 135.

Zur Erklärung des römischen Satzes hat man meines Erachtens auf die letzten Gründe der Anfechtungsbefugniß zurückzugreifen. Die Einführung der actio Pauliana war ein Sieg der aequitas über das jus civile, welches alle Rechtshandlungen desjenigen, gegen den später missio in bona gegeben wurde (ja sogar desjenigen, gegen den sie schon verfügt war), seiner Chicane und der fraudis participatio des Gegners ungeachtet als voll zu Recht bestehend anerkannt hatte. Wie weit der Prätor dieser Idee der Billigkeit über das Civilrecht hinweg zur Geltung verhelfen wollte, war Sache seines durch die Anschauung seiner Volksgenossen getragenen subjectiven Ermessens. In dem Edicte stellte er den allgemeinen Satz auf, daß quae fraudationis causa gesta erunt, also alle fraudulosen Vermögensentäußerungen der Anfechtung verfallen sollten. Dagegen mochten gewichtige Gründe ihm Anlaß geben, jene Billigkeit nicht auf Zahlungen des Geschuldeten und auf das suum recipere seiten des Gläubigers des künftigen Cridars auszudehnen, obwohl diese Rechtsakte dem Wortlaute des Edicts zufolge unter die fraudandi causa facta hätten subsumirt werden müssen, Gründe, welche sich aus dem römischen, wenn man so sagen darf, Konkursverfahren, aus der zur bonorum venditio führenden Einweisung der Gläubiger in den Mitbesitz des schuldnerischen Vermögens ergaben. Der Schwerpunkt dieses Verfahrens — Keller, röm. Civilprozeß §§ 84, 85; Bethmann-Hollweg, desgl. II. § 114 S. 667 flg.; Bayer, Konkursprozeß §§ 6—11; Fischer S. 21 flg. — lag ohne wesentliche Mitwirkung des Prätors in den Händen derjenigen Gläubiger, welche die missio in bona erlangt hatten. Eine Berücksichtigung anderer Gläubiger und ihrer Interessen war unbekannt, vielmehr ihrer eigenen Rührigkeit überlassen, wie sie zu ihrer Befriedigung gelangen wollten. Diese Gestaltung des Ver-

fahrens bedingte, daß die Gläubiger, welche vor der missio in bona sich schon gerührt und Zahlung des suum tantum angenommen hatten, den nachmals immittirten mit den Worten der l. 24 a. E. D. h. t. ein Sed vigilavi mit Fug entgegenhalten durften. Dieses Sed vigilavi und das sibi vigilavit in l. 6 § 7 D. h. t. scheinen mir der zutreffende Ausdruck der römischen ratio der Unanfechtbarkeit von Zahlungen zu sein. Das Interesse des Gläubigers, der vor der missio den Gegenstand seines Anspruches nicht zurückwies, ist inhaltlich dasselbe gewesen, welches die Immittirten mit der Erwirkung der missio verfolgten. Daß er ihnen in der Erreichung des Zieles zuvorkam, durfte billigerweise den Immittirten ebensowenig ein Recht, von ihm die proportionale Theilnahme an der sectio bonorum zu verlangen, geben, wie denjenigen, welche die missio nicht gesucht hatten, nach dem Vermögensverkauf ein Anspruch gegen die Immittirten auf verhältnißmäßige Mitbefriedigung aus dem vom emtor bonorum erlangten Preise zukam. „Man kann dem die Zahlung annehmenden Gläubiger", sagen die Motiven zu § 23 der Deutschen Konkursordnung S. 1416, den Gedanken des römischen Rechts trefflich wiedergebend, „nicht zumuthen, auf die Ausübung seines wohlbegründeten Rechts zu verzichten und großmüthig sich einem Verlust zu unterwerfen, damit nicht Andere einen größeren Verlust erleiden möchten." Daß das Recht, welches der Gläubiger durch die Zahlungsannahme ausübt und wahrt, auch ein Zwangsrecht ist, kann neben der klargelegten Idee der Billigkeit, welche die Unanfechtbarkeit der Zahlung des suum tantum erheischte, nicht wesentlich in das Gewicht fallen. Die von Ulpian in der zweifelhaften — vergl. § 8 — l. 6 § 6 D. h. t. 42, 8 überlieferte Meinung Labeo's, welcher den Grund der Unangreifbarkeit der Zahlung in deren rechtlicher Erzwingbarkeit sehen wollte, sinkt deshalb zu einer singulären, sonst nicht gebilligten Anschauung eines einzelnen römischen Juristen herab. Der von Labeo erdachte Grund könnte höchstens als ein den Rechtssatz colorirender anerkannt werden; er dürfte ganz mit Stillschweigen übergangen werden, hätte nicht Franke — vergl. jedoch auch Schey S. 134 — ihn in der oben citirten Abhandlung zum Ausgangspunkte seiner Untersuchungen aufgegriffen.

Für das römische Recht erforderte hiernach das Postulat der Billigkeit, das nämliche, das zur actio Pauliana überhaupt erst geführt hatte, daß von den fraudatorischen Rechtsakten die Zahlung des Geschuldeten ausgenommen, mithin rechtlich erlaubt — Puchta, Vorlesungen § 380 — und unanfechtbar blieb. Im Ganzen gilt es nicht für eine fraus, meint Keller § 370 S. 694, — das ist als eine

objectiv unbillige Verkürzung der Gläubiger —, wenn der Schuldner eine wahre Schuld bezahlt. Daß dies aber ein Ausnahmesatz von der edictmäßigen Regel der Anfechtbarkeit aller fraudulosen Akte ist, sollte nicht verkannt werden. Gerade weil der Grundsatz eine Singularität gegenüber der allgemeinen Ausdrucksweise des Edicts bildet, kann er auch nicht auf ähnliche Fälle, in denen der Gläubiger auf Umwegen faktisch seine Deckung erlangt, analog erstreckt werden. Denn debitum suum recipere in l. 6 § 7 D. h. t. bedeutet ausschließlich die Annahme des primär in obligatione befindlichen Gegenstands, nicht jede beliebige Modalität, durch welche sonst die Schuld getilgt werden könnte. Das verkennt Fischer S. 40 flg., mit welchem ich mich sonst zumeist in Einklang befinde. Dagegen ist es eine selbstverständliche Folge des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit der Zahlung des Geschuldeten, daß bei ihr von einer fraus des Schuldners und von conscientia fraudis des Gläubigers nicht die Rede sein kann, ebensowenig wie man von Diebstahls- und Hehlereidolus reden würde, wenn Jemand auf Grund einer rechtlichen Erlaubniß einem Anderen eine fremde Sache wegnehmen und sie einem den Sachverhalt kennenden Dritten zur Verfügung überlassen würde. Deshalb ganz richtig: nihil dolo facit, qui suum recipit l. 129 pr. D. 50,17 de reg. jur.

2. Sächsisches Recht.

Dem römischen Recht folgt das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch § 1512, 2. Zahlung einer fälligen Schuld ist nach demselben nicht als anfechtbare Veräußerung zu betrachten. Hierbei ist „Zahlung einer fälligen Schuld" nicht im engsten Sinne zu nehmen, darunter also nicht lediglich die Berichtigung einer Geldschuld, wie in den Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XIV. S. 281 angenommen scheint, sondern das suum recipere des gemeinen Rechts, die Erfüllung jeder Verbindlichkeit durch Leistung des eigentlichen Gegenstandes derselben zu verstehen. Ich entnehme das dem Grunde, aus welchem die Motiven zu § 1512 die Unanfechtbarkeit der Zahlung rechtfertigen. Dieselben recurriren nämlich auf die S. 68 erwähnte Franke'sche Meinung, daß die Akte, welche rechtlich erzwingbar seien, von der Anfechtbarkeit ausgeschlossen sein sollen. Dazu gehört offenbar die Erfüllung jeder Schuld, welchen Inhalt sie auch habe, durch Leistung des primär in obligatione befindlichen Gegenstandes. Gewiß würde man aber fehlgehen, wenn man andere Tilgungsmodalitäten, solche, welche im Gesetzbuch als anfechtbar nicht ausdrücklich hervorgehoben worden sind, darunter begreifen wollte. Mit Recht hat in diesem Sinne das Königl.

Oberappellationsgericht Dresden Annalen, N. F. Bd. IX. S. 449—451 die Abtretung einer Forderung an Zahlungsstatt nicht unter Zahlung einer fälligen Schuld subsumirt, sondern als anfechtbare Veräußerung anerkannt.

3. Deutsche Konkursordnung.

Andere neuere Gesetzgebungen haben sich mehr und mehr auf den dem römischen Rechte entgegengesetzten Standpunkt gestellt und auch in der Erfüllung des Geschuldeten eine der Anfechtbarkeit unterliegende unbillige Verkürzung der übrigen Gläubiger des Gemeinschuldners befunden. Preuß. Konkursordnung §§ 100—103 (dazu Meischeider S. 71 flg.; Koch, Preuß. KO. Note 15 zu § 101). Sächs. Entwurf einer Konkursordnung § 78. Entspricht es doch der modernen schon in den Sätzen der Gratificationstheorie durchblickenden Rechtsanschauung, daß das Interesse aller Gläubiger gegen Einen, nicht umgekehrt das des Einen gegen Alle geschützt wird.

Nach § 24 der Deutschen Konkursordnung können Zahlungen einer fälligen Schuld zu den beiderseits betrüglichen Rechtshandlungen gehören. Sie müssen nur — Motiven zu § 24 S. 1422 — von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulosen Uebereinkunft begleitet sein.

Vor allem aber werden sie durch die Vorschrift des § 23 Z. 1, 2. Thl. getroffen, nach welcher die nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Antrage auf Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgten Rechtshandlungen anfechtbar sind, welche einem Gläubiger Befriedigung gewähren, sofern derselbe von dem Eintritte jener Thatsachen Kenntniß hatte.

Doch macht § 27 der Konkursordnung von dieser letztern Satzung eine bedeutsame Ausnahme (vergl. § 100 Abs. 2 und 3 der Preuß. KO.). Wechselzahlungen des Gemeinschuldners unterliegen der Anfechtung auf Grund des § 23 Z. 1 nicht, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war. Darin liegt ein doppeltes Erforderniß. Es muß sich um eine Wechselzahlung, um die Tilgung einer Wechselschuld durch Zahlung handeln. Eingehung wechselrechtlicher Verbindlichkeiten, Accept, Ausstellung, Indossament, fallen nicht unter die Ausnahmevorschrift des § 27. Sodann wird die Anfechtbarkeit der Wechselzahlung dem § 23 Z. 1 nur dann entrückt, wenn sich an die Annahme der Zahlung der Verlust eines Wechselregreßanspruches anknüpft. Die Annahme der Zahlung bleibt deshalb nach § 23 Z. 1 anfechtbar und muß verweigert werden, wenn die

Zahlung durch den Gemeinschuldner geleistet wird zur Zeit, als bereits Protest erhoben war, oder wenn der Wechsel „ohne Obligo" oder „nicht an Ordre" ausgestellt oder girirt ist, und deshalb dem Zahlungsempfänger im concreten Falle nach Maßgabe des Wechselrechts ein Regreß überhaupt nicht zusteht. Art. 9, 14, 15 der Wechselordnung. Motiven S. 1426. Die Bestimmung des § 27 dient also zum Ausgleiche des Konflictes, in welchen die durch § 23 Z. 1 begründete Pflicht des Wechselinhabers, die Zahlung der Wechselschuld zurückzuweisen, mit der nach Wechselrecht ihm obliegenden Verbindlichkeit gerathen würde, die Zahlung bei Vermeidung des Verlustes seiner Ansprüche gegen andere aus dem Wechsel verpflichtete Personen anzunehmen. Bietet der Schuldner Zahlung an, so kann gegen ihn ein Protest nicht erhoben werden; ohne den Protest ist aber die Regreßnahme abgeschnitten, Art. 41 der Wechselordnung. Die bezeichnete wechselrechtliche Verbindlichkeit liegt z. B. vor, wenn der Bezogene (Art. 41), der Domiciliat (Art. 43) oder ein Nothadressat, ein Ehrenacceptant oder ein anderer Intervenient (Art. 62 der Wechselordnung) zur Verfallzeit dem den Wechsel innehabenden Gläubiger Zahlung anbietet. Nicht unzweifelhaft ist die Frage, ob die Zahlung durch den Aussteller eines gezogenen Wechsels oder durch den Indossanten eines gezogenen oder eigenen Wechsels der Anfechtbarkeit aus § 23 Z. 1 trotz der Vorschrift des § 27 unterliege. Für ihre Beantwortung ist die Entscheidung der hier nicht weiter zu verfolgenden wechselrechtlichen Kontroverse präjudiciell, ob nach Art. 48 der Wechselordnung der Wechselinhaber zur Annahme der Zahlung von den gedachten Personen b e i V e r l u s t des Regresses gegen die Nachmänner des Zahlungsofferenten verpflichtet sei, V ö l d e r n d o r f f Anm. e zu § 27 S. 325, oder im Falle der Zurückweisung, wie die Motiven zu § 27 S. 1427 annehmen, nur Ersatz des durch den Verzug der Annahme entstehenden Schadens zu leisten habe. Nur erwähnt zu werden braucht, daß der Incasso-Indossatar bei Annahme der Wechselzahlung lediglich als Beauftragter des Incassogiranten in Frage kommt und daher nur aus der Person des Letzteren zu beantworten ist, ob § 27 der Konkursordnung Anwendung zu leiden hat oder nicht, V ö l d e r n d o r f f Anm. e a. E. zu § 27 S. 326 (anscheinend anders die Motiven zu § 27 S. 1426). Ebenso untersteht es keinem Zweifel, daß die Vorschriften des § 27 eine nach § 24 der Konkursordnung gerechtfertigte Anfechtung einer Wechselzahlung nicht ausschließen.

Ist dagegen eine Wechselzahlung auf Grund des § 27 Abs. 1 der Konkursordnung unanfechtbar, so tritt nach dem zweiten Absatze

desselben Paragraphen die Anfechtung gegen diejenige am Wechselumlaufe betheiligte oder nicht betheiligte Person an ihre Stelle, welche als die um die Zahlung des Gemeinschuldners schließlich und eigentlich Bereicherte erscheint. Sie hat dann gegen den letzten Wechselregreßschuldner d. h. denjenigen, welcher gegen keinen Anderen als gegen den Gemeinschuldner einen Regreß- oder Wechselanspruch geltend machen konnte, oder falls derselbe den Wechsel auf Rechnung eines Dritten begeben hatte, gegen diesen Dritten statt. Die Zeit, zu welcher dem Dritten oder dem letzten Regreßschuldner die nach § 23 Z. 1 vorausgesetzte Kenntniß beigewohnt haben muß, ist hierbei folgerichtig nicht die, zu welcher der Wechsel gezahlt wurde, sondern der Augenblick, als der letzte Regreßschuldner den Wechsel begab oder der Dritte, auf dessen Rechnung er es that, den Wechsel begeben ließ, Motiven zu § 27 S. 1426; Sarwey Anm. 4 Nr. 1 zu § 27 S. 162, 163. Unter „Begebung" aber ist nicht bloß der Indossamentsvertrag, sondern auch der Wechselvertrag zu verstehen, den der Aussteller der Tratte oder des eigenen Wechsels mit dem Nehmer des Wechsels schließt. Motiven l. c. Was endlich die Beweislast anlangt, so braucht der Anfechtende nicht darzuthun, daß der Wechsel auch auf Rechnung des in Anspruch genommenen prima facie haftenden letzten Regreßschuldners begeben worden sei. Es ist vielmehr ein von dem Letzteren zu erweisender Einwand, daß die Begebung auf Rechnung eines Anderen erfolgt sei. Wilmowski Anm. 2 und 3 zu § 27 S. 120; Hullmann Anm. 3 zu § 27 S. 152.

§ 10.

f) Die Erfüllung der nicht fälligen Schuld.

Im gemeinen Recht bestehen zwei entgegengesetzte Ansichten über die Anfechtbarkeit der Erfüllung einer noch nicht fälligen Schuld. Die einen Rechtslehrer verneinen sie grundsätzlich und gestatten sie nur, soweit dem Zahlung leistenden Schuldner durch die verfrühte Erfüllung bei unverzinslichen oder zu niedrigerem als landesüblichem Zinsfuße verzinslichen Schulden der Verlust des Zwischenzinses herbeigeführt wurde und dieser reine Vortheil dem Zahlungsempfänger zufloß. Andere Rechtslehrer lassen sie im Princip und nöthigenfalls bis auf den ganzen Betrag der gezahlten Summe zu. Beide Meinungen werden vertheidigt und bekämpft auf Grund zweier Quellenstellen l. 10 § 12 und l. 17 § 2 D. 42, 8 h. t. Deren Auslegung bildet den Kernpunkt des Streites. Doch argumentiren einige Schriftsteller noch mit besonderen Gründen. So zieht Franke S. 266 noch die l. 6 § 6 D. h. t. —

vergl. S. 58 — hinzu und gewinnt aus der diesem Gesetz entnommenen, S. 68 aber widerlegten These, daß die ratio der Anfechtbarkeit einer Entäußerung deren Nichterzwingbarkeit sei, einen ihm eigenthümlichen Grund für die Anfechtbarkeit der vor der Fälligkeit geleisteten Zahlung. Vangerow wiederum führt auch hier gegen die Anfechtbarkeit der verfrühten Zahlung den Grund in das Feld, daß auf Seiten des Gläubigers, welcher immerhin wahrer Gläubiger sei, eine mala fides sich nicht denken lasse, und daß eine Restitutionspflicht desselben nur begründet sei, soweit er durch die Früherzahlung materielle Vortheile, das sei den Zwischenzins, erlangt habe. Die vermeintliche Undenkbarkeit der mala fides ist für den analogen Fall der Zahlung der fälligen Schuld schon S. 66 widerlegt worden. Aber auch gesetzt Vangerow's These wäre richtig, hier müßte er eine andere Consequenz ziehen. Wenn er selbst zugiebt, der Gläubiger habe die durch die Früherzahlung erlangten materiellen Vortheile herauszugeben, so können diese Vortheile nicht bloß in dem Zwischenzinse, sondern wenn die vorzeitig berichtigte Forderung im Konkurse nur zum Theil oder gar nicht locirt werden würde, in einem Theile oder in dem ganzen Betrage der Zahlung bestehen. Inwiefern das Interusurium in allen Fällen die Vortheile erschöpfe, macht Vangerow nicht ersichtlich. Wie wenig zutreffend aber seine Behauptung von der Undenkbarkeit einer mala fides des Empfängers der verfrühten Zahlung ist, lehrt gerade hier sprechend die tägliche Erfahrung. Betrügliche Abmachungen über Vorauszahlung betagter Schulden durch den künftigen Gemeinschuldner sind nichts seltenes; wenn sie unanfechtbar bleiben müßten, hätten sie die empfindlichste Schädigung der Gläubiger in vielen Fällen zur Folge. Warum dann auf Seiten des die Zahlung empfangenden und die Sachlage kennenden Gläubigers, welcher im Konkurse vielleicht leer ausgegangen wäre, nicht von bösem Glauben, von conscientia fraudis die Rede sein soll, ist mir unbegreiflich. Mindestens bedürfte es der klarsten Gesetzesbestimmungen, durch welche die Anfechtbarkeit der Zahlung noch nicht fälliger Schulden ausgeschlossen oder auf Erstattung des Interusuriums beschränkt würde.

Ich habe damit schon gesagt, daß ich von den an die Spitze gestellten Ansichten nur die zweite billigen kann. Sie allein scheint mir auch durch die schon citirten Stellen gerechtfertigt zu werden. Sie wird von Petzoldt, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. XIX. S. 481 flg. mit vorzüglichem Scharfsinn auf diese Stellen gegründet. Gegenüber Vangerow S. 488 flg. insbesondere, welchem Mankiewicz S. 49, 50 beitritt, hat Petzoldt widerlegt, daß das

suum recipere der l. 6 §§ 6, 7, l. 24 i. f. D. 42, 8 h. t. auf den vor der Verfallzeit befriedigten Gläubiger Anwendung leiden könne. Danach scheint außer Zweifel gesetzt: Zahlung der nicht fälligen Schuld gehört zu den anfechtbaren Rechtshandlungen; das Maß der Anfechtbarkeit wird dadurch bestimmt, wieweit das Interesse der übrigen Gläubiger verletzt ist.

Fischer S. 27 flg. setzt sich, ohne die Untersuchungen Petzoldt's zu kennen, über die l. 17 § 2 cit., welche ausdrücklich die Paulianische Klage auf das quanti creditorum intererat dotem suo tempore reddi, d. h. auf das volle Interesse zuläßt, mit der unbegründet gelassenen Bemerkung hinweg, daß diese Stelle die von Petzoldt verfochtene Auffassung nicht nothwendig mache und führt für die gegentheilige Meinung noch einen dem früheren römischen Rechte entlehnten Grund an. Er sagt, wenn der bonorum emtor nach classischem römischen Recht die vorzeitige Zahlung vom Gläubiger mit der actio Pauliana zurückgefordert habe, sei der verklagte Gläubiger befugt gewesen, seine Forderung im Wege der deductio — das ist die technische Bezeichnung für die Compensation gegenüber dem bonorum emtor, Gaj. IV. c. 61—68 — abzuziehen, selbst wenn sie noch nicht fällig gewesen wäre. Das bezeuge ausdrücklich Gajus IV, 67: Item vocatur in deductionem et id, quod in diem debetur. So würde als Resultat der Klage doch nur die Rückzahlung des über den Werth der Forderung zur Zeit der Zahlung hinaus Gezahlten übrig bleiben. Es kann dahin gestellt bleiben, ob diesen Sätzen für das vorjustinianische Recht zugestimmt werden könnte: aber in den Justinianischen Rechtsbüchern ist das Institut der deductio mit ihren Besonderheiten verschwunden und in die sonst für die Compensation geltenden Grundsätze aufgegangen, mithin auch die Bestimmung in Gaj. IV, 67 durch l. 7 pr. D. 16, 2 de compens. (Windscheid II. § 350 Z. 3) beseitigt und die Aufrechnung nur mit fälligen Forderungen zulässig. Fischer's Gegengrund ist überdies schon um deswillen unhaltbar, weil die Frage, ob und inwieweit ein Anspruch auf Anfechtung einer Vermögensentäußerung bestehe, von der anderen, ob ihm ein compensabler Gegenanspruch gegenübertritt, keinesfalls berührt werden kann.

Es empfiehlt sich, gleich an diesem Orte anzuschließen — vergl. § 29 I. — wieweit im einzelnen Falle das Interesse der benachtheiligten Gläubiger durch die vorzeitige Zahlung verletzt sei und daher die Anfechtung reiche. Man wird zu unterscheiden haben. Tritt die Fälligkeit der gezahlten Schuld noch vor der Konkurseröffnung ein, so ist das Interesse der Gläubiger mit der Vergütung des Zwischenzinses

erschöpft. Hätte doch der Schuldner noch vor der Konkurseröffnung, aber nach dem Verfalltage, an den Gläubiger unanfechtbar Zahlung leisten dürfen, Franke S. 268. Hiergegen leugnet Petzoldt S. 498 flg. für diesen Fall unter Berufung auf l. 10 § 23 D. h. t. jede Zulässigkeit einer Anfechtung. Derselbe scheint aber diese Stelle zu mißverstehen. Sie handelt zunächst nicht von der Restitution einer durch Zahlung des Schuldners vorzeitig getilgten Schuld desselben, sondern von der Restitution einer betagten Forderung des Schuldners, welche er fraudulos aufgegeben hat. Und selbst für den Fall, welchen sie betrifft, sagt sie nicht das, was Petzoldt ihr entnimmt. Sie meint, die betagte Forderung könne nicht blos intra annum, innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist, sondern sogar innerhalb der Zeit, welche bis zur Fälligkeit noch übrig sei, also möglicher Weise weit über die sonstige Verjährungsfrist hinaus revocirt werden. Petzoldt dagegen legt in sie hinein, die Anfechtung sei „nur" in der Zeit bis zur Fälligkeit statthaft, also möglicher Weise nicht einmal während der vollen sonstigen Verjährungsfrist.

Wäre die Forderung, welche der Gemeinschuldner vorzeitig berichtigt hat, in dem künftigen Konkurse voll zu lociren gewesen, dann sind die Gläubiger gleichfalls nur um das Interusurium geschädigt. Insoweit sind sie aber, was Petzoldt S. 498, 499 mit Unrecht bestreitet, wirklich geschädigt, da der Gläubiger, wenn seine Forderung auch an sich zu voller Befriedigung gelangte, sich den Abzug des Zwischenzinses gefallen lassen müßte und dieser Betrag zur Deckung der übrigen Gläubiger verwendbar würde. Bayer, Konkursprozeß § 70 Anm. 3; Motiven zu § 58 der Konkursordnung im Anf.

Tritt endlich die Fälligkeit der zu früh berichtigten Forderung erst nach der Konkurseröffnung ein und hätte der befriedigte Gläubiger im Konkurse keine oder nicht volle Deckung zu erwarten gehabt, so ist die Anfechtung nach einem Theile der Zahlung oder auch nach deren vollem, zu früh empfangenen Betrage zulässig, Franke l. c.; Petzoldt S. 482 flg.; Laspeyres S. 75 flg.; Günther S. 784; Meischeider S. 74; Koch, Preuß. KO. Note 15 aa zu § 101; Huschke S. 33 bei Note 1; Schey S. 135 und 136; Seuffert's Archiv Bd. IV. Nr. 272, 1823, Oberappellationsgericht Lübeck; Nr. 274, 1847 Oberappellationsgericht Dresden. Für das Gegentheil (von schon citirten Rechtslehrern abgesehen) Sintenis Bd. II. § 124 Anm. 26 Z. 5 a. E.; Puchta, Vorlesungen § 380 Z. 3; Reinhart S. 118 flg.; Schönemann S. 17 flg., S. 23 flg; Unterholzner Bd. II. S. 99; Holzschuher Bd. III. S. 1063; Kori bei Note 217 § 44; Zürcher S. 20 flg.

Die modernen Rechtsschöpfungen haben mit den gemeinrechtlichen Controversen aufgeräumt. Im Gegensatze zu dem sächsischen Gerichtsbrauche, welcher in Consequenz der Gratificationstheorie bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Zahlung nicht fälliger Schulden als bis zu deren vollem Betrage anfechtbar behandelte, Curtius, sächsisches Civilrecht § 587 Note 6; Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1851 S. 131 (= Seuffert's Archiv Bd. IV. Nr. 275) und S. 155, bestimmt § 1512 des Gesetzbuchs, daß die Anfechtbarkeit der Zahlung einer Schuld vor der Verfallzeit nur rücksichtlich des Betrages der Zinsen in der Zwischenzeit von der Zahlung bis zur Verfallzeit zulässig sein soll. Für die Berechnung dieses Zwischenzinses ist nach § 720 des Gesetzbuchs die sog. Hoffmann'sche Methode maßgebend. Der sächsische Entwurf einer Konkursordnung stellte in §§ 78 und 79 unter bestimmten Voraussetzungen die volle Anfechtbarkeit der Berichtigung noch nicht fälliger Schulden wieder her.

Ueber die Deutsche Konkursordnung vergl. § 14.

§ 11.

g) Die Erfüllung einer suspensiv bedingten Schuld.

Daß die Erfüllung der suspensiv bedingten Schuld vor dem Eintritt der Bedingung eine anfechtbare Vermögensentäußerung sei, darüber stimmen die wenigen Lehrer des gemeinen Rechts, welche sich mit der Frage beschäftigt haben, überein. Franke S. 269; Schönemann S. 22 flg.; Zürcher S. 22 flg.; Fischer S. 31 flg.; Mankiewicz S. 51.

Zweifelhaft ist jedoch, welche Wirkung die nach der Zahlung eingetretene Erfüllung der Bedingung auf den Umfang der Anfechtbarkeit habe. Ist die Bedingung noch vor der Konkurseröffnung erfüllt worden, so hat die Anfechtung aus den nämlichen Gründen wie bei der verfrühten Zahlung der betagten Schuld auf den Zwischenzins beschränkt zu bleiben. Tritt aber die Bedingung erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein, so ist die Zahlung eventuell ihrem ganzen Betrage nach anfechtbar. Wenigstens nach der herrschenden Meinung, welche die Rückwirkung des Bedingungseintrittes nicht auf die Fälligkeit der Forderung ausdehnt, Wächter § 94 II. 4 S. 108 flg.; Beilagen zu Pandektenvorlesungen Nr. XXIV., oder sogar — Windscheid und die von ihm in Anm. 1 zu § 91 S. 252 Citirten — eine rückwirkende Kraft der aufschiebenden Bedingung leugnet, hatte dann der Zahlungsempfänger zur Zeit der Zahlung überhaupt noch kein Forderungsrecht, kraft dessen er die Erfüllung der bedingten Leistung

verlangen konnte. Zahlte der Schuldner dennoch vor Eintritt der Bedingung, so leistete er eine Nichtschuld, während der Empfänger nach dem Eintritte aus dem Konkurse jedenfalls nicht die volle Zahlung erlangt hätte. Schwebt daher die Bedingung zur Zeit der Ausübung der Anfechtung noch, oder hat sich die Unmöglichkeit ihres Eintrittes entschieden, so ist auch die volle Anfechtbarkeit der Tilgung der bedingten Schuld nicht zu bezweifeln. Die Möglichkeit des Nocheintritts kann dem Gläubiger nur Anlaß zu Sicherung künftiger konkursmäßiger Befriedigung geben. Wenn dagegen die Bedingung zwar nach der Konkurseröffnung, aber vor der Anfechtung der Zahlung eintrat, muß die Anfechtung bei dem Maße innehalten, in welchem der bedingte Gläubiger im Konkurse Deckung erlangt haben würde. Die Entscheidung fällt also mit der bei der betagten Schuld gegebenen zusammen. Für den Unterschied, welchen Zürcher S. 22 flg. und Fischer S. 32 flg. daraus ableiten, ob die Zahlung vor oder nach dem Ablauf der Anmeldungspräclusivfrist erfolgte, vermag ich innere Gründe nicht zu entdecken. Jedenfalls widerlegen sich die von Fischer hierfür der vorjustinianischen deductio entnommenen Gründe durch das S. 74 Gesagte.

Für das sächsische Recht fehlt gleichfalls jede ausdrückliche Festsetzung darüber, ob die Zahlung der aufschiebend bedingten Schuld der Anfechtbarkeit anheimfällt. Da die für das gemeine Recht gewonnenen Resultate aus der Natur der Sache abgeleitet sind, halte ich dieselben auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für anwendbar, welches die Erfüllung bedingter Verpflichtungen vor Eintritt der Bedingung den Grundsätzen über die Leistung einer Nichtschuld unterwirft, § 1521 verb. 1050 a. E.

Zu der Deutschen Konkursordnung vergl. § 14.

§ 12.

h) Die Erfüllung der Naturalobligation.

Die Erfüllung einer bloß natürlichen Verbindlichkeit, obligatio naturalis, ist nach gemeinem Recht unanfechtbar. Das ist für den Fall, daß ein Testamentserbe die ihm auferlegten Legate oder Universalfideicommisse ohne Abzug der Quart entrichtet, in l. 19, 20 D. h. t. 42, 8 ausdrücklich ausgesprochen, vergl. Windscheid § 289 Nr. 2, § 463 Note 34. Muß doch auch von dem Empfänger der bloß natürlich geschuldeten Leistung das, was als Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung der fälligen juristischen Schuld erkannt wurde gelten, daß er suum recipit und sibi vigilat. Auch die Argumentationen,

mit denen Vangerow und Brinz von der oben vertretenen Meinung abweichend die Unanfechtbarkeit der Erfüllung der civilen Obligation rechtfertigen, führen hier zu dem gleichen Resultate und so befindet sich in dieser Frage die überwiegende Mehrzahl der Rechtslehrer in Einklang. Vangerow § 697 III.; Reinhart S. 122 c; Brinz § 123 S. 531; Holzschuher Bd. III. S. 1064; Schey S. 134; Mankiewicz S. 50, 51. Anders Huschke S. 32 und Zürcher S. 24. Das Gegentheil mußte Franke S. 269 behaupten in Consequenz der S. 68 widerlegten Theorie, wonach die Ausnahme der Unanfechtbarkeit nur bei erzwingbaren Vermögensentäußerungen Platz greife. Eine eigenthümliche Meinung vertritt neuerdings Fischer S. 34 flg., welcher die Unanfechtbarkeit der Zahlung einer natürlichen Verbindlichkeit nur unter der Voraussetzung anerkennt, daß die natürliche Schuld sich zur Compensation eignet, was von allen im heutigen gemeinen Recht noch praktischen Fällen einer solchen Schuld nicht gelten würde, Windscheid II. § 350, 2; § 289 Note 13, 21, 22. Ich muß Fischer hier wiederum (S. 74) entgegenhalten, daß ich nicht einzusehen vermag, warum die Frage, ob eine Veräußerung anfechtbar sei oder nicht, davon bedingt sein soll, ob gegen den Anfechtungsanspruch eine Aufrechnung mit einer andern Forderung möglich ist oder nicht.

Das sächsische bürgerliche Recht kennt die Figur der Naturalobligation überhaupt nicht. Spec. Motiven zum BGB. S. 616 Nr. 1; Schmidt, Vorlesungen Bd. I. S. 121; Siebenhaar, Kommentar zu § 144.

Ueber die Deutsche Konkursordnung vergl. § 14.

§ 13.

i) Hingabe an Zahlungsstatt und Bestellung eines Pfandrechts für eine schon bestehende Schuld des Verpfänders.

Die Lehre von der Anfechtbarkeit der datio in solutum und der Einräumung eines Pfandrechts für eine schon bestehende Schuld des Verpfänders ist in der gemeinrechtlichen Doctrin abermals reich an Meinungsverschiedenheiten. Um der Gleichheit der für und wider vorgebrachten Argumente willen scheint es angemessen, die Behandlung beider Akte zusammenzufassen.

Daß die Bestellung eines Pfandrechts für eine bereits bestehende Schuld — vetus creditum — (wohl zu scheiden von der mit der Contrahirung der Schuld gleichzeitig geschehenden Verpfändung, ebenso wie von der Verpfändung für eine fremde Schuld) von dem römischen Recht den anfechtbaren Vermögensentäußerungen zugezählt wird, be-

zeugen mit vorzüglicher Klarheit l. 10 § 13, l. 22, l. 6 § 6 D. h. t. 42, 8, weniger deutlich l. 2 D. h. t., während die gleichfalls hieher-gezogene l. 13 D. h. t. einen andern Fall betreffen dürfte (Mankiewicz S. 53; Fischer S. 75 in der Anm.; Meischeider S. 80).

Dagegen giebt es im römischen Recht keine ausdrückliche Bestimmung, ob die datio in solutum der Anfechtbarkeit unterliege. Laspeyres S. 73 flg. und Vangerow Bd. III. § 697 V. meinen, eine derartige Vorschrift sei in c. 1 Cod. h. t. 7, 75 und l. 25 § 3 D. h. t. 42, 8 (vergl. auch Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XV. S. 51, 52) enthalten; das scheint in Wahrheit nicht der Fall zu sein. Struckmann S. 294—302; Seuffert's Archiv Bd. XII. Nr. 228 Oberappellationsgericht Kiel 1857; Bd. XXI. Nr. 185 Oberappellationsgericht Wolfenbüttel 1866; ib. Nr. 186 Oberappellationsgericht München 1867. Eine Entscheidung der Frage für das gemeine Recht läßt sich deshalb nur aus der Natur der Sache ableiten. Für mich kann diese Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Ist der in § 9, b unternommene Nachweis richtig, daß es ein Ausnahmegrundsatz ist, wenn die Erfüllung einer Schuld durch Leistung des gerade geschuldeten Gegenstandes nach römischem Recht von der Anfechtung befreit blieb, dann ist dieser Grundsatz der analogen Erstreckung auf ähnliche Geschäfte, als welches die Hingabe an Zahlungsstatt anzuerkennen wäre, nicht fähig, und diese unzweifelhafte Vermögensentäußerung muß der edictmäßigen Regel der Anfechtbarkeit der fraudationis causa gesta unterworfen bleiben. Das suum recipere, recipere quod sibi debetur der l. 6 §§ 6 und 7 D. h. t. kann unmöglich von dem Gläubiger gelten, welcher nicht suum, sondern aliud pro alio, wenn auch zu dem gleichen Zwecke, damit er durch das aliud befriedigt werde, entgegennimmt. Meischeider S. 76, 77. Suum recipere müßte sonst bedeuten, daß der Gläubiger den Vermögenswerth, welchen seine Forderung darstellt, erhält, während es nur heißen kann, daß er die Leistung empfängt, welche den primären eigentlichen Gegenstand seines Forderungsrechts bildet, quae in obligatione est. Verwendet der Schuldner statt des geschuldeten Geldes Sachen zur Befriedigung des Gläubigers, oder will er diese Befriedigung so erwirken, daß der Gläubiger aus dem Erlöse einer ihm verpfändeten Sache sich schließlich selbst bezahlt macht, so sind das Umwege, welche zwar zu dem nämlichen Ziele führen, wie die rechtmäßige und erlaubte wirkliche Zahlung, aber um deswillen nicht rechtmäßig werden, weil jener eine Weg erlaubt gewesen wäre. Müßte die Gleichheit des Vermögenswerthes, welchen der Schuldner hingiebt, und des Werthes der Leistung, welche in obligatione war, die

Ausschließung der Anfechtbarkeit bedingen, so müßte auch der Verkauf um angemessenes Entgelt unanfechtbar sein und die in § 7 A widerlegte Meinung derer wäre die richtige, welche Vermögensentäußerung mit absoluter Minderung des Vermögens identificiren. Weniger Gewicht lege ich, wie Franke und Vangerow es thun, darauf, daß datio in solutum und Bestellung eines Pfandrechts neue Rechtsgeschäfte sind, welche die freiwillige Mitwirkung des Gläubigers erheischen. Denn auch die Erfüllung einer Verbindlichkeit durch Leistung des primär geschuldeten Gegenstandes läßt sich als ein vollkommen neues Rechtsgeschäft bezeichnen, welches materiell unter denselben Grundsätzen steht wie Verträge, und von dem Gebiete der letzteren nur um deswillen ausgeschieden bleibt, weil ihr einziger Zweck und Inhalt in der Tilgung der bestehenden Verbindlichkeit aufgeht.

Hiernach sind Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt, welcher die Abtretung von Forderungen an Zahlungsstatt ihrer Rechtsnatur nach völlig gleichkommt, Seuffert's Archiv Bd. IX. Nr. 356, 4, und Pfandbestellung zur Sicherung eines vetus creditum allerdings anfechtbare Veräußerungen, Windscheid II. § 463 Note 32 und 33.

Für die datio in solutum gelangen die Rechtslehrer je nach ihrer Auffassung von dem legislativen Grunde der Unanfechtbarkeit der Erfüllung der fälligen Schuld (§ 9, 1, b) zu dem nämlichen oder zu dem entgegengesetzten Resultate. Unsere Ansicht wird getheilt von Franke S. 262 flg.; Laspeyres S. 71 flg.; Kori § 44 bei Note 210; Holzschuher Bd. III. S. 1064; Vangerow § 697, V.; Sintenis II. § 124 Anm. 26, 2; Arndts § 228 bei Note k.; Bayer, Konkursprozeß § 24 Note 9; Meischeider S. 75 flg.; Schönemann S. 25 flg.; Mankiewicz S. 53; Schey S. 145, 146; Seuffert's Archiv III. 250, IV. 276, IX. 356, 4, XII. 228, XVIII. 202, XXI. 185 u. 186, XXV. 94, XXVII. 193 u. 285, XXX. 203, XXXI. 88 u. 89. Die gegentheilige Meinung vertreten: Dabelow S. 422, 423; Günther S. 783; Puchta, Vorlesungen § 380 Z. 3; Reinhart S. 125 flg.; Czylarz in der krit. Vierteljahrszeitschrift Bd. XV. S. 87; Zürcher S. 15 flg.; Fischer S. 37; Struckmann S. 277—312 (unter besonderer Urgirung der l. 22 § 4 sq. C. de jure delib. 6, 30, welche wegen der privilegischen Natur des beneficium inventarii eher zur Widerlegung als zur Stützung seiner Ansicht dienen kann); Seuffert's Archiv VI. 305 (1842) und 125 (1850).

Ich erstrecke übrigens die Anfechtbarkeit der Hingabe an Zahlungsstatt nicht auf den Fall, in welchem zufolge der nov. 4 cap. 3 für den Gläubiger die Rechtspflicht besteht, sich die datio in solutum zur

Tilgung seiner Geldforderung gefallen zu lassen. Denn hier wird sie privilegisch dem rechtmäßigen unanfechtbaren Akte der Zahlung des geschuldeten Geldes gleichgestellt. Windscheid II. § 342 bei und in Note 12 u. 13.

Daß die Einräumung eines Pfandrechts anfechtbar ist, darüber sind sowohl die Schriftsteller, die uns bei der datio in solutum beipflichten, als auch, mit Rücksicht auf die oben citirten Zeugnisse der römischen Quellen, die meisten von denjenigen mit uns einig, welche dort die gegentheilige Meinung befolgen, so Dabelow S. 431; Puchta l. c. Z. 1; Reinhart S. 122 flg.; Hasenbalg S. 57 flg. Nur Günther S. 783; Zürcher S. 15, 17 flg. und Fischer S. 57 flg. machen hiervon eine Ausnahme. Und wie finden sie sich mit den Aussprüchen der Quellen ab? Günther schweigt sie todt. Zürcher und Fischer geben zu, daß die Quellen die Anfechtbarkeit der Verpfändung für ein vetus creditum statuiren. Aber, so lehrt Zürcher, die Anfechtbarkeit trete nur ausnahmsweise dann ein, wenn die Verpfändung „eine wirkliche Benachtheiligung der Gläubiger", also dem Effekte nach mehr enthalte, als eine suspensiv bedingte Hingabe an Zahlungsstatt. Von solchen Verpfändungsfällen, scheint er anzunehmen, handeln die Quellen. Dafür gebricht es denn doch nach der Fassung der angezogenen römischen Gesetze an jedem Anhalt und Zürcher bemüht sich nicht, solchen Anhalt hervorzusuchen. Fischer andrerseits meint, der rechtspolitische Grund zur Anfechtbarkeit der Verpfändung im römischen Recht sei in dem privaten Verkaufe des Pfandes durch den Pfandgläubiger und in dem Mangel einer Rechtsvorschrift zu suchen, welche den Gläubiger zur Theilnahme am Konkurse genöthigt habe. Dadurch sei die Gefahr der Verkürzung der übrigen Gläubiger um die hyperocha nahe gelegt gewesen, und lediglich zur Abwendung dieser Gefahr die actio Pauliana gegen Pfandbestellungen zugelassen worden. Die bezeichnete Gefahr sei im gemeinen Recht mit der gerichtsbräuchlichen Oeffentlichkeit des Pfandverkaufs und mit der Nöthigung der Pfandgläubiger, sich im Konkurse anzumelden, weggefallen, mithin sei heutzutage die Einräumung eines Pfandrechts unanfechtbar. Diese Argumentation fällt mit der Unrichtigkeit ihres Vordersatzes. Keine römische Gesetzesstelle deutet an, daß nur die Entziehung der hyperocha durch die Anfechtung der Pfandbestellung habe verhindert werden sollen. Von allen Zeugnissen der Quellen, welche überhaupt hiervon handeln, wird die Einräumung eines Pfandrechts schlechthin der Anfechtbarkeit unterworfen, nirgends aber erwähnt, daß die Anfechtung der Pfandbestellung gegen eine ganz besondere fraus des Schuldners, welche die Quellen, wie Fischer S. 97

selbst nicht abredig ist, verschweigen, und nicht gegen die schon mit der Pfandbestellung als solcher gegebene Front zu machen berufen sei.

In Sachsen hat vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs Doctrin wie Praxis sowohl die Hingabe an Zahlungsstatt als die Bestellung eines Pfandrechts der Zahlung des Geschuldeten vollkommen gleich behandelt und die Statthaftigkeit der Anfechtung dieser Rechtsakte bejaht, soweit dadurch eine Gratification im Sinne der damals befolgten Gratificationstheorie bezweckt und erreicht wurde. Kori § 44 Nr. 3 Note 208, § 41 S. 63 Nr. 1; Seuffert's Archiv Bd. II. Nr. 352, 1845, Oberappellationsgericht Dresden; Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1851 S. 131 (Appellationsgericht Dresden), S. 137 Nr. 8 a. E. (Oberappellationsgericht Dresden); Curtius § 587 Note b (anders rücksichtlich der Pfandbestellung § 583 Note a). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dagegen, die Gratificationstheorie auch hierin fallen lassend und zugleich die gemeinrechtlichen Controversen beseitigend, in § 1511 die Vorschrift aufgestellt, daß es als Veräußerung gelten soll, wenn der Schuldner Sachen an Zahlungsstatt giebt (Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XIV. S. 281) oder für eine vorhandene Schuld ein Pfand bestellt. Hierzu mag nicht unbemerkt bleiben, daß von der Kommission zur Revision des Gesetzbuchsentwurfes ein Antrag, die Anfechtung der Pfandbestellung auf das Mobiliarfaustpfand zu beschränken, abgelehnt worden ist. In der legislativen Begründung weichen freilich die spec. Motiven zu § 1511 S. 842 Nr. 2 von der oben für das gemeine Recht vertretenen Meinung ab. Sie bezeichnen als das leitende Princip der Norm des § 1511 Abs. 1, daß kein rechtlicher Zwang zur Eingehung der fraglichen Geschäfte bestehe, und kehren damit zu der S. 68 abgewiesenen Theorie Franke's zurück. Die in § 1511 gewählte Ausdrucksweise: „wer Sachen an Zahlungsstatt giebt" schließt übrigens schon des exemplificativen Charakters der Vorschrift halber nicht aus, auch die Abtretung von Forderungen an Zahlungsstatt darunter zu begreifen, Annalen des K. Oberappellationsgerichts Dresden N. F. Bd. IX. S. 449 flg. Daß endlich der datio in solutum das Geschäft gleichzuachten ist, welches den nämlichen Zweck in der Form eines Kaufvertrages über tradirte Sachen verbunden mit einem Vertrage über die Compensation des Preises gegen eine Forderung des Käufers verfolgt, kann nicht zweifelhaft sein. Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XV. S. 50, Bd. XIV. S. 281. Für das gemeine Recht ebenso Oberappellationsgericht Wolfenbüttel, Seuffert's Archiv Bd. XXI. Nr. 185, 186 1866.

Ueber die Deutsche Konkursordnung vgl. den folgenden Paragraphen.

§ 14.

k) Die in §§ 10—13 behandelten Rechtsakte nach der Deutschen Konkursordnung.

Die Deutsche Konkursordnung regelt die Anfechtbarkeit der in §§ 10—13 besprochenen Rechtshandlungen nach einheitlichen Grundsätzen.

Erfüllung der nicht fälligen, der aufschiebend bedingten, der naturalen Schuld, Hingabe an Zahlungsstatt und Bestellung eines Pfandrechts für eine schon bestehende Schuld verfallen der Anfechtung und zwar ihrem ganzen Umfang nach, deshalb die Zahlung vor der Verfallzeit nicht bloß rücksichtlich des Zwischenzinses, aus zwei Gründen.

Sie können einmal unter die beiderseits betrüglichen Rechtshandlungen des § 24 Z. 1 fallen.

Andererseits findet auf sie der Begriff der in § 23 Z. 2 betroffenen Begünstigungen der Konkursgläubiger Anwendung, da sie sämmtlich Akte sind, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht zu der Zeit oder nicht in der Art zu beanspruchen hatte. Motiven zu § 23 Z. 2 S. 1418 flg.

Was insbesondere die Einräumung eines Pfandrechts anlangt, so stellt sie nur dann eine Begünstigung im Sinne von § 23 Z. 2 (verb. „einem Konkursgläubiger", das ist einem, der schon Gläubiger ist, Motiven S. 1420, 1421) dar, wenn die Bestellung des Pfandrechts oder die Einräumung eines Anspruches auf Sicherstellung durch Pfand nicht gleichzeitig mit der Entstehung der durch das Pfandrecht zu sichernden Forderung erfolgt. Würde mit der Begründung der Forderung zugleich die Verpfändung vollzogen oder versprochen, so geht dem Geschäft der Charakter der objectiven Begünstigung eines Gläubigers ebenso ab, wie einer während der kritischen Zeit des § 23 Z. 2 bewirkten Sachveräußerung. Das ganze Geschäft ist alsdann nicht einmal nach § 23 Z. 1, 2. Theil als eine Rechtshandlung, welche einem Gläubiger, das ist wiederum einem diese Eigenschaft schon habenden Sicherung gewährt, sondern höchstens nach § 23 Z. 1, 1. Theil unter der Voraussetzung anfechtbar, daß durch das Geschäft eine unmittelbare Benachtheiligung der Konkursgläubiger herbeigeführt worden ist. Ist andererseits schon vor der kritischen Zeit des § 23 Z. 2 ein klagbarer Anspruch oder ein sonstiger Rechtsgrund auf Einräumung des Pfandrechts begründet gewesen, welcher nunmehr während dieser Zeit z. B. durch grundbücherliche Verlautbarung der Hypothek realisirt wird, so cessirt gleichfalls die Anwendbarkeit von § 23 Z. 2, weil der

Gläubiger die pfandweise Sicherung zu beanspruchen hatte. Fällt jedoch die Realisirung des Pfandrechts, gleichviel ob der Anspruch auf dessen Bestellung zugleich mit der zu sichernden Forderung oder nachher entstanden war, in die kritische Zeit des § 23 Z. 1, so ist das Pfandrecht der Anfechtbarkeit nach Maßgabe des § 23 Z. 1, 2. Theil ausgesetzt, also ohne daß eine durch seine Einräumung unmittelbar verursachte Benachtheiligung der Konkursgläubiger zu erweisen ist. Motiven l. c. Sarwey Anm. 13 Nr. 6 zu § 23 S. 138 flg., Anm. 5 zu § 23 S. 133; Völderndorff Anm. n III. zu § 23 S. 283—285; Wengler zu § 23 S. 210 flg.; Wilmowski Anm. 9 zu § 23 S. 113 und 114; Stieglitz Bem. VI. 2 e zu § 23 S. 143.

Für die Anfechtung einer Hypothek ergeben sich hieraus folgende Combinationen:

R. stellt am 20. April seine Zahlungen ein.

a) Am 21. April verkauft W. an ihn einen Posten Waaren und bedingt sich zugleich Sicherung des Preises durch Hypothek aus, die Hypothek wird verlautbart: nur § 23 Z. 1, 1. Theil ist anwendbar.

b) Am 17. April giebt W. dem R. ein Darlehen, ohne daß von Hypothecirung die Rede ist. Am 19. April verlangt W. Sicherung, R. bestellt Hypothek: § 23 Z. 2 schlägt ein (anders das französische Fallimentsgesetz). Stieglitz Bem. VI. 2 e a. E. zu § 23 S. 143.

c) Das Darlehen war am 16. März gegeben und bei der Hingabe Bestellung von Hypothek in gültiger Weise bedungen, die Hypothek wird am 10. April eingetragen: § 23 Z. 2 ist unanwendbar, weil ein Anspruch auf die Hypothek besteht; § 23 Z. 1 desgl., weil der Eintrag in die Zeit vor der Zahlungseinstellung fällt.

d) Derselbe Fall, der Eintrag der Hypothek findet aber erst am 21. April statt: § 23 Z. 1, 2. Theil ist maßgebend.

e) Am 20. März erwarb W. gegen R. eine Kaufpreisforderung. Am 1. April vereinbaren sie Sicherung W.'s durch Hypothek. Die Hypothek wird am 21. April verlautbart: die Entscheidung muß wie sub d ausfallen, § 23 Z. 1, 2. Theil findet Anwendung.

Von selbst versteht sich, daß alle diese Fälle auch von § 24 der Konkursordnung betroffen werden könnten.

§ 15.

1) Nothwendige Vermögensentäußerung.

Eine Vermögensentäußerung kann von dem Schuldner freiwillig oder zufolge einer rechtlichen Nothwendigkeit realisirt werden. Es fragt sich, ob auch die nothwendige Veräußerung der Anfechtbarkeit

unterliege. Das ist unstreitig zu bejahen, wenn die Veräußerung in dem Sinne eine nothwendige ist, daß sie erfolgt, um einer gesetzlichen Verbindlichkeit, z. B. einer Dotationspflicht zu genügen. Recht verstanden ist sie dann ebenso gut eine freiwillige, wie wenn sie die Tilgung einer Vertragspflicht zum Zweck hat.

Wie aber, wenn der Schuldner im Wege des Prozesses und durch das Gericht zur Aufgabe von Vermögensobjecten gezwungen wird? Man könnte die Anfechtbarkeit solcher abgezwungener Veräußerungen aus dem Grunde bestreiten, weil der Erwerber mit dem Vollstreckungstitel: dem rechtskräftigen Erkenntnisse, dem prozeßgerichtlichen Vergleiche u. s. w. gleichwie durch Novation einen unzweifelhaften das ursprüngliche Rechtsverhältniß consumirenden Anspruch auf den Erwerb erlangt und der Gemeinschuldner nicht selbst, sondern das Gericht das schuldnerische Vermögen vermindert habe.

Man wird hier zu unterscheiden haben, ob bloß das Deckungsgeschäft, welches zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners durch den richterlichen Zwang vermittelt wird, oder ob das ganze materielle Rechtsgeschäft, welches im Rechtsstreite befangen war, oder endlich ob nur prozessuale Handlungen oder Unterlassungen, welche zur Erlangung des Vollstreckungstitels mitwirkten, angefochten werden sollen.

1. Die Anfechtbarkeit eines von vornherein in anfechtbarer Weise eingegangenen Rechtsgeschäfts wird durch seine zwangsweise Realisation nicht im Mindesten berührt.

Das gemeine und das sächsische Recht enthalten zwar keine ausdrückliche Vorschrift hierüber. Auch finde ich bei keinem Schriftsteller für das Gebiet dieser Rechtssysteme die Frage erörtert. Der sächsische Entwurf einer Konkursordnung § 85 hatte die Bestimmung aufgenommen, daß die Anfechtbarkeit nicht ausgeschlossen werde, wenn das anzufechtende Rechtsgeschäft vor der Konkurseröffnung rechtskräftig oder durch Vergleich anerkannt werde. Eine ausdrückliche Festsetzung gleichen Inhaltes hat die Deutsche Konkursordnung § 28 (§ 104 der Preuß. KO.) in der Form für nöthig erachtet, daß die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt oder dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist. Schon aus allgemeinen Gründen muß man aber auch für das gemeine und sächsische Recht zu demselben Resultate gelangen.

Das anfechtbare Rechtsgeschäft, dessen Erfüllung seiten des Gemeinschuldners durch einen Arrest gesichert oder durch die Zwangsvollstreckung erzielt wird, äußert damit die zur Anfechtbarkeit voraus-

gesetzten nachtheiligen Wirkungen auf das Vermögen des Schuldners. Auf welchem Wege eine solche Beeinträchtigung dieses Vermögens herbeigeführt wird, ob durch den Schuldner freiwillig oder unter dem Drucke des gerichtlichen Zwanges, läßt die Thatsache der fraudulosen Benachtheiligung der Gläubiger, auf welche es diesen gegenüber allein ankommt, vollkommen unberührt. Der Rechtsstreit zwischen dem Anfechtungsgegner und dem Schuldner tritt der Anfechtungsbefugniß der Gläubiger nur scheinbar und als eine res de alia quaestione acta entgegen, da die Frage der Anfechtbarkeit des Geschäftes gar nicht verhandelt und entschieden worden ist. Ebenso sind die Gläubiger an der Erlangung eines Arrestes zu Gunsten des anfechtbaren Anspruches vollkommen unbetheiligt. Und dann erfolgt die Realisation des anfechtbaren Rechtsgeschäftes mittelst Zwangsvollstreckung, bez. seine arrestweise Sicherstellung zwar durch die Vermittelung der staatlichen Vollstreckungsorgane, aber doch nur in Stellvertretung des Gemeinschuldners und zur Verwirklichung des Willens, welchen ihm das Gesetz gegenüber seinem Contrahenten vorschreibt, und man greift nicht fehl, wenn man Execution und Arrest als im Princip vom Gemeinschuldner selbst ausgehend betrachtet. Müßten die Gläubiger die beantragte Vollstreckung auf Grund des erlangten Titels gegen sich geschehen lassen, so wäre dies — Motiven zu § 23 S. 1416 — „die gerichtliche Hülfsvollstreckung einer Rechtsverletzung." Müßten sie die bereits durchgeführte Zwangsvollstreckung oder den für die künftige Realisirung des anzufechtenden Rechtsgeschäftes vorläufig geschaffenen Arrest anerkennen, so wäre dies Sanctionirung der Rechtsverletzung und deren Herbeiführung auf dem bequemen Wege der Anstellung eines Rechtsstreites in die Hände des vom Gemeinschuldner bevorzugten Gläubigers gelegt, der Hintergehung der übrigen Gläubiger mithin Thür und Thor geöffnet.

Einige Punkte verdienen besondere Hervorhebung.

a) Die Motiven zu § 28 der Deutschen Konkursordnung S. 1427 betonen, daß es zur Anfechtung einer Rechtshandlung, für welche ein Vollstreckungstitel erlangt ist, nicht einer gegen diesen Titel gerichteten Anfechtung bedarf. Gegenstand der Anfechtung bleibt also nach wie vor die ursprünglich anfechtbare Rechtshandlung, und es braucht nicht nebenher zugleich ein besonderer Angriff gegen den Titel oder gegen den durch die Zwangsvollstreckung, bez. den Arrest faktisch geschaffenen Zustand unternommen zu werden. Der I. Entwurf des § 34 der Konkursordnung verlieh diesem Gedanken durch den Zusatz Ausdruck: „Einer Anfechtung des Vollstreckungstitels bedarf es nicht." Etwas

anderes hat augenscheinlich auch durch die am Schlusse der Motiven zu § 28 der Konkursordnung S. 1427 sich findende Bemerkung: „Der Vollstreckungstitel, der nur zwischen den Parteien, dem Gemeinschuldner und dessen Gegner, wirkt, berührt nicht die Gläubiger und braucht daher nicht erst angefochten zu werden" nicht wiedergegeben werden sollen. Die Verwerthbarkeit dieser Aeußerung der Motiven zur Erklärung des § 28 sollte deshalb nicht in Zweifel gestellt werden (a. A. Völderndorff Anm. a zu § 28 S. 333 und 334 und Note 2 S. 335). Freilich schießt die Fassung des angezogenen Satzes über das richtige Maß hinaus und ist geeignet zu Mißverständnissen Anlaß zu geben. Der Vollstreckungstitel wirkt keineswegs bloß zwischen den Parteien, dem Gemeinschuldner und dessen Gegner. Er berührt auch die Rechtslage der Gläubiger und schafft nicht minder diesen gegenüber prima facie die Beseitigung des Streitverhältnisses, das zwischen dem Gemeinschuldner und dessen Prozeßgegner zum Austrage gebracht wurde. Ein Kläger, welcher gegen den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung rechtskräftig obtinirt hat, hat nicht nöthig, gegen den Konkursverwalter den abgethanen Anspruch nochmals durchzufechten. Insoweit sind auch die Gläubiger an den mit der Rechtskraft erzeugten Titel gebunden. Allein ihrem Anfechtungsrecht steht das rechtskräftige Urtheil in keiner Beziehung entgegen. Kraft dieses Rechts kommt ihnen die Befugniß zu, den Titel seiner Wirksamkeit in dem Maße zu entkleiden, als zur Aufhebung der ihnen nachtheiligen Folgen der anzufechtenden Rechtshandlung nach Lage des Falles erforderlich ist. Selbst die Art, wie die anzufechtende Rechtshandlung in dem zwischen dem Anfechtungsgegner und dem Gemeinschuldner ergangenen Urtheile charakterisirt worden ist, schließt das Zurückgreifen der Gläubiger auf eine für die Anfechtungsfrage ihnen günstigere Auffassung der Natur des Rechtsgeschäftes nicht aus, sie können daher ein Geschäft, welches in dem gegen den Kridar erlassenen Urtheile als Kauf behandelt worden ist, unbedenklich als Schenkung anfechten. (Völderndorff Anm. c II. Note 6 zu § 28 S. 336 und Petersen Bem. 2 zu § 28 S. 160; a. A. Sarwey Anm. 1 zu § 28 S. 165.) Selbst wenn schon der Gemeinschuldner die Thatsachen, welche die Anfechtbarkeit des gegen ihn eingeklagten Anspruches bedingen, in dem mit dem Anfechtungsgegner geführten Vorprozesse geltend gemacht hätte, soweit ihm für seine Person überhaupt daraus Einreden erwachsen konnten, mit seinen Einwendungen aber nicht durchgedrungen wäre, selbst dann würde der Anfechtung durch den Konkursverwalter die über den Einwand ge-

schaffene Rechtskraft nicht mit Erfolg entgegengesetzt werden können. Stieglitz Anm. a S. 168. Für die Durchführbarkeit und für die Tragweite der Anfechtung, das ist der Gedanke des § 28 der Konkursordnung, ist eine dem Anfechtungsgegner zur Seite stehende Rechtskraft wie jeder andere Vollstreckungstitel einfach zu ignoriren; das Recht zur Anfechtung entfließt nicht den Rechten des Schuldners, sondern hat in der Verletzung der Gläubiger seinen ureigenen Quell und bleibt deshalb ungetrübt, auch wenn dem Schuldner nicht möglich ist, den mittelst der Anfechtung wiederherzustellenden Rechtszustand zurückzugewinnen.

b) Die in dem Gesetze gebrauchte Ausdrucksweise: die Anfechtung werde dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt worden ist, darf in doppelter Hinsicht nicht beim Worte genommen werden.

α) Die anzufechtende Rechtshandlung kann zugleich den Vollstreckungstitel darstellen, ohne daß erst nach ihrer Vornahme ein Titel hinzugetreten, ein solcher für sie erlangt worden ist. Dann bildet unmittelbar der Vollstreckungstitel den Gegenstand der Anfechtung. Es ist dies z. B. der Fall bei dem Abschlusse eines prozeßgerichtlichen oder eines im Sühnetermine zu Stande kommenden Vergleiches (§ 702 Nr. 1 und 2 der Civilprozeßordnung) und bei der Ausstellung einer executorischen Urkunde (§ 702 cit. Nr. 5), bei Titeln also, welche auf dem Wege eines freiwilligen Rechtsgeschäftes vom Gemeinschuldner ohne fremde Mitwirkung constituirt werden konnten. Völderndorff Anm. c I. zu § 28 S. 334; Stieglitz Bem. II. 1 zu § 28 S. 167; Petersen Bem. 2 zu § 28 S. 158 und 159.

β) Andrerseits kann ein prozessuales Verhalten — Handeln oder Unterlassen — des Schuldners die fraudulose Bevorzugung des Anfechtungsgegners und die Verletzung der Gläubigerrechte mit sich führen. So unterliegen der Anfechtung: das betrügerische Anerkenntniß eines gegnerischen Anspruches (§ 278 der Civilprozeßordnung), das wahrheitswidrige Geständniß von Thatsachen (§ 261 flg. der Civilprozeßordnung), Verzicht oder Nichtgeltendmachung von Rechtszuständigkeiten aller Art, Unterlassung der Stellung oder Verlesung eines unentbehrlichen Antrages (§ 269 der Civilprozeßordnung), Nichtgebrauch des Widerspruches oder Einspruches im Mahnverfahren, Nichtgebrauch von Rechtsmitteln im Prozesse (vergl. § 6 a. E.). Wirkt ein solcher der Anfechtung ausgesetzter Prozeßakt dazu mit, daß dem Anfechtungsgegner ein vollstreckbarer Schuldtitel erwächst, so kann man mit dem Wortlaute des § 28 nicht sagen, daß der Titel für den anzufechtenden Akt erlangt

sei. Nicht für diesen, sondern immer für den im Rechtsstreit befangenen Anspruch wird der Titel geschaffen. Gleichwohl ist auch die Erlangung eines Titels auf diesem Wege den Gläubigern unpräjudicirlich, die Anfechtbarkeit prozessualischer Akte würde sonst vollkommen illusorisch gemacht. Stieglitz Bem. II. 3 zu § 28 S. 168.

Die Modalitäten der Ausübung des Anfechtungsrechts im Falle des Vorhandenseins eines vollstreckbaren Schuldtitels vergl. unten § 27.

2. Die Beantwortung der Frage nach der Anfechtbarkeit einer nothwendigen Vermögensentäußerung fällt wesentlich anders aus, wenn es sich nur darum handelt, ob die durch Vollstreckung erzwungene Erfüllung oder Sicherung eines ursprünglich und an sich unanfechtbaren Geschäfts, das ist, ob das durch den staatlichen Zwang vermittelte Deckungs- (Realisations-) oder Sicherungsgeschäft als solches der Anfechtbarkeit anheimfalle. A. hat gegen den Gemeinschuldner B. eine unanfechtbare Kaufpreisforderung auf 1000 ℳ erworben, mit Erfolg eingeklagt und im Wege der Zwangsvollstreckung Hypothek an einem Grundstücke des B. erlangt oder schon den Erlös der im Zwangsverfahren versteigerten Pfänder zur Befriedigung wegen seiner Forderung ausgezahlt erhalten: kann die Hypothek, kann die Zahlung an den A. durch Anfechtung alterirt werden?

Für das gemeine und sächsische Recht ist die Frage zu verneinen. Die Erfüllung des fällig Geschuldeten oder die Sicherung, auf welche der Gläubiger einen gültigen Anspruch erworben hat, ist unter allen Umständen und also auch dann unanfechtbar, wenn sie unter Anwendung executorischen Zwanges erwirkt wird, arg. l. 6 § 6 D. h. t. 42, 8, vergl. § 9 S. 61.

Die Sätze der Deutschen Konkursordnung führen zu dem entgegengesetzten Ergebnisse. Da Zahlung und Sicherung der fälligen Schuld im Principe der Anfechtbarkeit preisgegeben wurden, mußte die Anfechtung dieser Akte auch zulässig bleiben, wenn ihre Vollziehung unter Mitwirkung gerichtlicher Hülfe erfolgt. Verletzt die Erfüllung oder Sicherstellung der Forderung eines Gläubigers die Rechte der übrigen Gläubiger, so ist es gleichgültig, ob der Schuldner die Akte freiwillig vornahm, oder ob sie an seiner Stelle, wenngleich ohne sein Wissen und selbst ohne seinen Willen zur Realisirung eines ihm octroyirten Willens, durch die Vollstreckungsorgane verwirklicht wurden. In dieser Bedeutung ist auch die dem Schuldner im Zwangsverfahren durch den Gerichtsvollzieher oder das Gericht abgenöthigte Erfüllung oder Sicherung eine von ihm ausgehende Rechtshandlung, wie durch die Vorschriften der §§ 716, 720, 737 flg., 808 der Civilprozeßordnung außer

Zweifel gesetzt ist. Es ist deshalb nur zu billigen, wenn die Konkursordnung nicht der an § 100 Abs. 1, §§ 101 und 104 der Preußischen Konkursordnung sich anlehnenden preußischen Praxis und Theorie gefolgt ist, welche die Anfechtbarkeit einer hülfsrechtlich erzwungenen Erfüllung oder Sicherung verneinte, weil „bei der Zwangsvollstreckung nicht eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners, sondern nur eine Executionshandlung des Richters vorhanden und diese vom Wissen und Willen des Schuldners unabhängig sei." Meischeider S. 52; Koch, Preuß. Konkursordnung Note 11 a. E. zu § 100. Motiven zu § 23 S. 1416 und Note 3. Von dem Standpunkte, welchen das Gesetz zur Anfechtbarkeit von Deckungs- und Sicherungsakten einmal einnimmt, wäre die Freilassung erzwungener Akte dieser Gattung von der Anfechtung in Wahrheit wiederum „die gerichtliche Hülfsvollstreckung einer Rechtsverletzung," und es wäre eine handgreifliche Inconsequenz, wenn der Gläubiger die freiwillige Zahlung und Sicherung zurückweisen müßte, dagegen sie im Wege des gerichtlichen Zwanges unanfechtbar erwirken dürfte.

Die Konkursordnung hat in § 28 dem richtigen Gedanken unzweideutigen Ausdruck verliehen. Daneben ist dem § 23 Z. 1, 2. Theil und § 23 Z. 2 verb. § 26 auf Veranlassung der Reichstagskommission (Antrag von Vahl's, Protok. S. 21 und 22) abweichend von dem Reichstagsentwurfe („die von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Leistungen") nicht ohne Absicht zur vollen Wahrung des Willens des Gesetzgebers eine Fassung gegeben worden, („die — erfolgten Rechtshandlungen"), welche es gleichgültig läßt, ob die mit der Rechtshandlung gewährte Befriedigung oder Sicherung vom Gemeinschuldner selbst oder in seiner Stellvertretung von dem Gerichte verwirklicht werde. Wengler S. 195 und 199; Hullmann Anm. 3 zu § 23 S. 139; Wilmowski Anm. 5 zu § 23 S. 112; Stieglitz Anm. f S. 136, 137; Sarwey Anm. 4 zu § 23 S. 132, 133. Endlich kann die erzwungene Befriedigung oder Sicherung zufolge einer Collusion des Gemeinschuldners und seines Gläubigers ungeachtet der Unanfechtbarkeit der zu deckenden oder zu sichernden Forderung unter die beiderseits betrüglichen Rechtshandlungen des § 24 der Konkursordnung fallen. Motiven zu § 24 S. 1422 Z. I. a. E.

Für die Anwendbarkeit des § 23 Z. 2 auf die Sicherung eines Konkursgläubigers durch hülfsrechtliches Pfandrecht ist insbesondere zu bemerken: Die in § 23 Z. 2 statuirte Vermuthung der Unredlichkeit — vergl. § 34 — greift wider den Gläubiger nur Platz, sofern das Urtheil, welches den Rechtsgrund für das erlangte Pfandrecht abgiebt, erst nach Beginn der kritischen Zeit des § 23 Z. 2

rechtskräftig geworden oder für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist, bez. sofern der sonstige Vollstreckungstitel (§ 702 der Civilprozeßordnung) erst nach dieser Zeit entstanden ist. Vergl. Motiven zu § 23 S. 1420, 1421 verb. mit § 644 der Civilprozeßordnung und § 394, 487 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs. Lag die Begründung des Titels zur Zwangsvollstreckung vor der kritischen Zeit des § 23 Z. 2 und geschah nur die Pfändung des beweglichen Vermögens des Schuldners oder die Eintragung der Hülfshypothek im Hypothekenbuche während jenes Zeitraums, so hat die Anfechtung des vom Gläubiger erlangten Pfandrechts, da er alsdann auf diese Sicherung einen Anspruch erworben hatte, nur unter den Voraussetzungen des § 23 Z. 1, 2. Theil oder des § 24 der Konkursordnung statt.

II. Insolvenz (Vermögensunzulänglichkeit) des Schuldners zur Zeit oder in Folge der Entäußerung.

§ 16.

1. Im gemeinen Recht ist es eine Streitfrage, ob Voraussetzung der Anfechtungsrechtsmittel sei, daß der künftige Gemeinschuldner zur Zeit der Vermögensentäußerung zahlungsunfähig = überschuldet war oder durch dieselbe mindestens zahlungsunfähig wurde. Die Mehrzahl der Rechtslehrer bejaht die Frage. Man ist von jeher gewöhnt gewesen, die Paulianische Klage als die bedeutsamste Wirkung des Eintritts des sog. „imminenten" oder „materiellen" Konkurses zu betrachten. Man verstand darunter den der formellen Konkurseröffnung vorausgehenden Zustand der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners, den Zustand seines Vermögens, bei welchem der Gesammtbetrag der Passiven den der Activen übersteigt. Vergl. die Citate in den Motiven zur Deutschen Konkursordnung S. 1407 und bei Kori § 38 2. Abs.; Danz in dem Citat bei Bayer, Konkursprozeß S. 54 Note 3 des § 20; Curtius § 583; Wengler, Konkurs der Gläubiger nach sächsischem Recht § 43. Man hat den Zusammenhang der Paulianischen Klage mit dem Zustande der Insolvenz des Schuldners zur Zeit der Vornahme der anzufechtenden Rechtshandlung sogar für so selbstverständlich gehalten, daß nur wenige Rechtslehrer sich bemüht haben, das Erforderniß der Insolvenz zur Zeit der Vermögensentäußerung quellenmäßig zu begründen oder auch nur zu belegen.

Gleichwohl läßt sich dieser Meinung, der schon von Schweppe § 27 energisch entgegengetreten wird, nicht beipflichten. Vor allem wird in den Worten des Edicts weder für die Paulianische Klage l. 1 pr. D. h. t. 42, 8, noch für das fraudatorische Interdict l. 10 pr. ib.,

wie man doch erwarten sollte, irgend eine Andeutung davon ausgedrückt, daß der Schuldner zur Zeit des fraudationis causa gestum insolvent sein müsse. Es giebt aber auch sonst keine Stelle des römischen Rechts, in welcher Insufficienz des schuldnerischen Vermögens zur Zeit oder in Folge der Rechtshandlung zur Voraussetzung des Anfechtungsanspruches gestempelt wird. Wurde doch sogar die missio in bona ursprünglich ohne Rücksicht auf Solvenz oder Insolvenz des Schuldners gewährt, Schey S. 139, 140.

a) Franke S. 120; Laspeyres S. 40 und Sintenis Bd. II. § 124 II. 6 bei Note 28 berufen sich zwar auf l. 10 D. 40, 9 qui et a quibus man. Hier handelt Gajus zunächst nur über die Freilassung von Sclaven zum Nachtheil der Gläubiger, ich würde trotzdem die Erstreckung der ratio seiner Argumente auf die Paulianische Anfechtungsbefugniß für unbedenklich erachten: aber die l. 10 sagt gar nicht, was jene Schriftsteller aus ihr herauslesen. Offenbar hängt der erste Absatz der Stelle bis zu den Worten: solvendo esse, den Franke und Laspeyres ausschließlich citiren, auf das engste mit der durch: Saepe enim angeknüpften Fortsetzung der Stelle zusammen und es ist willkürlich, den Sinn der l. 10 all. nicht aus ihrer Totalität zu ermitteln. Gerade die Schlußworte lassen erkennen, was Gajus klarzulegen beabsichtigt. Fraudis consilium, meint er am Ende, hat derjenige nicht, welcher in Folge ausgedehnter und verwickelter Geschäftsverhältnisse seine Vermögenslage nicht übersehen konnte, und ohne Kenntniß seiner bereits eingetretenen Insolvenz die Freilassung von Sclaven verfügte. Nicht jeder, wer insolvent ist, hat nothwendig auch die Fraudationsabsicht, weil er sich seiner Insolvenz nicht bewußt zu sein braucht. Thema der l. 10 ist daher die Thatfrage: wann ist der Beweis des consilium fraudis als geliefert anzusehen? Die Frage wird verneint für den Fall, daß der Freilassende die Insufficienz seines Vermögens nicht kennt. Die Uebersetzung des ersten Absatzes der l. 10 kann hiernach nur dahin ausfallen: Es ist ganz richtig, bemerkt Gajus, daß die Verkürzungsabsicht auf Seiten des Freilassenden schon aus der bewiesenen Thatsache zu folgen scheint, daß der freilassende Schuldner bereits zur Zeit der manumissio insolvent ist oder sich in Folge der Freilassung insolvent macht. Mit dem Beweise dieser Thatsache kann der Beweis der fraus zumeist als erbracht angesehen werden, weil, wie hinzuzudenken ist, der Schuldner, wenn er insolvent ist, erfahrungsgemäß in der Regel auch seiner Insolvenz sich bewußt sein wird und darum auch den benachtheiligenden Erfolg der Freilassung voraussieht, das ist: dolo malo handelt. Aber

nur in der Regel: schließt der zweite Satz Saepe enim an. Denn es wäre denkbar, daß Jemand insolvent ist, ohne es zu wissen. Dann wird kein vernünftiger Richter den Beweis der fraus durch die bloße Thatsache der Insolvenz zur Zeit der Freilassung geliefert annehmen. Nur die Frage nach dem Beweise der fraus beschäftigt Gajus, nicht die Rechtsfrage, von welchen Voraussetzungen die Anfechtung der Freilassung sonst abhänge. Wollte man mit Laspeyres und Sintenis auslegen: Nur wenn Jemand insolvent ist oder wird, handelt er in fraudem creditorum, dann hat der mit Saepe enim beginnende zweite Satz keinen rechten Sinn. Dieser Satz soll die Begründung („enim") für den vorausgehenden enthalten. Unmöglich kann aber die Bemerkung, daß der Freilassende sich häufig seiner Insolvenz nicht bewußt sei, einen Grund dafür abgeben, warum der Schuldner schon zur Zeit oder in Folge der Freilassung zahlungsunfähig sein müsse. Schon nach dem Auslegungsgrundsatze der l. 19 D. 1, 3 de leg. und l. 67 D. 50, 17 de reg. jur. (Windscheid I. § 21 bei Note 6) scheint deshalb die hier vertheidigte Interpretation die allein haltbare zu sein. Motiven zu Tit. III. Buch 1 der Konkursordnung S. 1411 Note 1r. Damit steht fest, daß l. 10 cit. die Insolvenz des Schuldners nicht als Voraussetzung der Anfechtbarkeit seiner Rechtshandlung aufgestellt, sondern ihr nur für den Beweis der fraus des Schuldners nach bestimmter Richtung hin Bedeutung beigemessen hat.

b) Zur Rechtfertigung seiner Ansicht legt Laspeyres S. 41 weiter Gewicht darauf, daß „in vielen Stellen über die actio Pauliana" in Betreff des debitor der Zusatz gemacht werde: qui solvendo non est, und die Frage aufgeworfen werde, an fraudentur creditores, d. h. ob die Gläubiger, wie es die Absicht des Schuldners war, auch wirklich verkürzt sind. Jene vielen Stellen sind nur die zwei von Laspeyres citirten l. 6 § 11 und § 12 D. h. t. 42, 8; uneigentlich könnte man höchstens l. 6 § 7 und l. 15 ib. hinzurechnen. Sonst wird der Insolvenz des Schuldners in keiner mir bekannten Stelle überhaupt Erwähnung gethan. Allein der l. 6 §§ 11 und 12 läßt sich nicht entnehmen, daß der Schuldner bei der Entäußerung insolvent sein oder werden müsse. Wenn dort als fraudator angesehen wird, qui solvendo non est, d. h. gewiß auch hier: wer insolvent ist und, wie dies regelmäßig der Fall sein wird, sich dessen bewußt ist und, wie daraus in der Regel sich weiter ableiten läßt, cum fraudis consilio handelt, so kann doch hieraus nicht per argumentum a contrario geschlossen werden, daß ein Solventer nie fraudator sein könne. Die Bezeichnung: qui solvendo non est setzt in ungenauer Breviloquenz ein stark beweis-

kräftiges Indiz der fraus an die Stelle der rechtlich erwiesenen fraus und ist daher nur für die Beurtheilung der Beweisfrage von Erheblichkeit, statt die Constituirung eines objectiven Erfordernisses der actio Pauliana einzuschließen.

c) Mit besonderer Wärme versicht neuerdings Hasenbalg S. 13, 14 flg. die alte Meinung, daß Insufficienz des Vermögens des Schuldners zur Zeit oder mindestens durch die Entäußerungshandlung Voraussetzung des Anfechtungsanspruches sei. Auch dieser Schriftsteller vermag nicht zu überzeugen. In seiner nur auf allgemeine Gründe, nicht auf die Quellen gebauten Deduction usurpirt er als Vordersatz ein Argument, das ihm nicht zugestanden werden kann. Zwei gesonderte Elemente, führt er S. 13 aus, müssen neben einander vorhanden sein, wenn die actio Pauliana Anwendung finden soll: ein inneres, die fraudulose Absicht — gewiß richtig — und ein außerhalb der Person des Schuldners liegendes, das objective Element der schon zur Zeit der Handlung oder in Folge derselben vorhandenen Zahlungsunfähigkeit des Veräußerers. Allein das letztere soll und will Hasenbalg beweisen, es kann deshalb nicht eine der Unterlagen seines Beweises bilden, auf welche er den Satz zu gründen vermöchte, die gegentheilige Meinung gebe ein wesentliches Moment der actio Pauliana auf. Gerade das S. 12 abgedruckte Erkenntniß des Oberappellationsgerichts Oldenburg, Seuffert's Archiv Bd. V. Nr. 95 1851, welches Hasenbalg widerlegen will, hat ausgesprochen, auch im Stande der Solvenz könne ein Schuldner fraudiren. Wie soll zu dessen Widerlegung gelangt werden, wenn Hasenbalg die entgegengesetzte, erst zu beweisende These zum Ausgangspunkt seiner Führung ad absurdum wählt? Der diesem idem per idem zu Grunde liegende Irrthum Hasenbalg's, den auch sein Kritiker Eck, Jenaer Literaturzeitung 1874 S. 588, sowie Reinhart S. 102 flg. und Zürcher S. 7 und 8 theilen, liegt im übrigen an einem andern Punkte: in der Verschiebung des erst in § 24 zu entwickelnden Begriffes der Verkürzung der Gläubiger.

Die vorstehende Darlegung ergiebt, daß nach römischem Recht Insufficienz des schuldnerischen Vermögens zur Zeit oder in Folge der Entäußerung nicht eine Voraussetzung des Anfechtungsanspruches gewesen ist. Die althergebrachte gemeinrechtliche These von der Abhängigkeit jenes Anspruches von dem sogenannten „materiellen" Konkurse des Schuldners ist deshalb aus der Anfechtungslehre allganz über Bord zu werfen. Ein Festhalten daran ließe sich um so weniger rechtfertigen, als sie eine beträchtliche Einschränkung des Anfechtungs-

rechts der Gläubiger nach der Richtung einschließt, daß den Gläubigern der ihnen aufzulegende Beweis der thatsächlich vorhanden gewesenen Insolvenz des Schuldners häufig unmöglich ist (Völderndorff S. 290 Note 12 spricht von einer probatio diabolica). Für die alte Ansicht wohl noch Günther I. S. 779 A. I., S. 780; Fischer S. 3 Nr. 1a; Dernburg, preußisches Privatrecht Bd. II. S. 289 oben; Sarwey S. 106 Nr. 1 S. 107; Oberappellationsgericht Kassel in Seuffert's Archiv Bd. III. Nr. 248, 1838. Nicht klar Reinhart S. 100 flg. mit S. 106.

Dagegen haben Puchta, Pandekten und Vorlesungen § 380; Arndts § 228; Keller § 370; Schweppe § 33; Meischeider S. 4 flg.; Stieglitz, Vorbemerkungen zum 3. Titel des I. Buchs S. 118 unter B, und Windscheid II. § 463 in und bei Note 10 a, die ersteren drei stillschweigend durch Uebergehung des Erfordernisses der Insolvenz, Windscheid unter Bezugnahme auf das S. 94 gedachte Erkenntniß des Oberappellationsgerichts Oldenburg und auf das des Oberappellationsgerichts Kiel in Seuffert's Archiv Bd. XII. Nr. 113, dessen Heranziehung gewagt erscheint, die althergebrachte Meinung verlassen.

2. Sächsisches Recht. Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch hat sich der Ansicht der älteren gemeinrechtlichen Theoretiker angeschlossen. Der Wortlaut des § 1509 läßt zwar hierüber in Zweifel. Man könnte meinen (z. B. Hullmann S. 131 interpretirt so), die Worte: „Wenn ein Schuldner — so mindert, daß seine Gläubiger nicht oder nicht ganz befriedigt werden können", wollten für den Erfolg der Handlung ausschließlich die Zeit treffen, zu welcher die Befriedigung von den Gläubigern gesucht wird; sie erforderten zwar einen Zusammenhang zwischen der Veräußerung des Schuldners und zwischen dem schließlichen Ausbleiben der Befriedigung der Gläubiger, sie verlangten aber nicht, daß die Minderungshandlung eine Schmälerung der den Gläubigern gebührenden Deckung zur unmittelbaren Folge habe, und deshalb nicht, daß das Vermögen des Schuldners schon zur Zeit der Veräußerung überschuldet gewesen oder geworden ist. In der Rechtsprechung ist freilich schon dieser Auslegungszweifel nie erhoben worden (Annalen des Königl. Sächs. Oberappellationsgerichts Dresden, N. F. Bd. IX. S. 188; II. Folge Bd. I. S. 284; Wengler's Archiv Bd. II. S. 453; Bd. V. S. 482, 789) und jedenfalls heben die Motiven zu § 1509 flg. S. 842 über denselben hinweg. Sie betonen: Ob der Schuldner bereits zur Zeit der Veräußerung zahlungsunfähig war — oder ob derselbe erst durch die Veräußerung zahlungsunfähig wurde,

ist ohne Einfluß auf die Statthaftigkeit der actio Pauliana. Eines oder das andere, setzen sie augenscheinlich voraus, muß aber zur Entstehung des Anfechtungsanspruchs erfordert werden. Wer noch solvent ist und eine Veräußerung vornimmt, durch welche er nicht zugleich insolvent wird, handelt daher rechtlich erlaubt, ebenso wie der an der Rechtshandlung Theilnehmende, so fraudulos geplant und so nachtheilig für die Gläubiger des Veräußerers ihr Beginnen auch sein mag. Das Gesetzbuch adoptirte insoweit die mit der Gratificationstheorie verwachsene Ansicht der früheren sächsischen Doctrin und Praxis, vergl. Kori § 41 i. Anf.; § 28; Curtius § 583; Seuffert's Archiv Bd. I. Nr. 393; Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1851 S. 132, 135 Nr. 2. Zu dem Gesetzbuch vergl. Siebenhaar, Lehrbuch § 453; Wengler, Konkurs nach sächsischem Recht § 43, 1 S. 212.

3. Die Deutsche Konkursordnung bringt wiederum die Ansicht, welche als die richtige gemeinrechtliche erkannt wurde, zur Geltung. Sie macht in keinem Falle zur Voraussetzung des Anfechtungsrechts, daß die Mittel des Schuldners zur Zeit oder in Folge der Entäußerung unzureichend gewesen oder geworden sind, §§ 24 und 25; Völderndorff Anm. c zu § 24 S. 290; Stieglitz, Vorbem. zu Buch I. Tit. 3 unter D S. 121 und 122. Vergl. vor allem die Ausführungen der Motiven zu Tit. 3 des I. Buchs S. 1411 und zu § 25 S. 1423.

Die Bedeutung, welche die Konkursordnung dem Begriffe der an den Tag getretenen Konkursmäßigkeit des Schuldners beimißt, und die Verschiedenheit dieses Begriffes von der Insufficienz des schuldnerischen Vermögens wird in anderem Zusammenhange erörtert werden. § 20 Nr. 2.

III. Entweder Verschuldung oder ungerechtfertigte Bereicherung des Anfechtungsgegners.

Eine weitere Voraussetzung des Anfechtungsrechts besteht in einer Alternative. Entweder muß Denjenigen, gegen welchen die Anfechtung geltend gemacht werden soll, eine Schuld treffen, oder die Veräußerung muß zu einer ungerechtfertigten Bereicherung desselben geführt haben. Da dieses alternative Erforderniß die principielle Grundlage der Anfechtung bildet, mußte sein Wesen schon in § 1 bis 3 charakterisirt werden. Nur die detaillirte Ausführung seiner Elemente wird an diesem Orte nachgeholt.

1. Delictsschuld des Anfechtungsgegners.

§ 17.

a) Im Allgemeinen.

Dem Erwerber des vom Gemeinschuldner Veräußerten fällt nach gemeinem und sächsischem Recht nur dann eine Verschuldung zur Last, wenn er conscientia fraudis, Mitwissenschaft von der Verkürzungsabsicht des veräußernden Schuldners, hatte. Die Konkursordnung hat die gleiche Charakterisirung der Schuld in § 24 aufgenommen. Von der Schuld des Anfechtungsgegners in dieser Auffassung ist hier zunächst die Rede.

Conscientia fraudis gliedert sich von selbst in zwei Momente. Sie setzt auf Seiten des veräußernden Schuldners voraus, daß er bei der Vermögensentäußerung fraudulos handelt, und auf Seiten des Anfechtungsgegners, daß er diese fraus kannte. Sie bedingt deshalb eine schuldhafte Theilnahme zweier Personen an einer gemeinschaftlichen Handlung. Es empfiehlt sich, jene zwei Momente in der nachfolgenden Behandlung von einander zu trennen.

Dagegen bedarf die neue Auffassung einer Delictsschuld, welcher wir in § 23 der Deutschen Konkursordnung begegnen (vergl. § 3 oben Nr. 1), der gesonderten Ausführung.

§ 18.

b) Fraus, Verkürzungsabsicht des Schuldners.

Das Edict des Prätor erforderte, daß der künftige Gemeinschuldner „fraudationis causa“ l. 1 pr. § 1 D. h. t. 42, 8 oder „fraudandi causa“ l. 10 pr. ib. gehandelt habe. Schon die bloße Uebersetzung dieser Worte giebt Anlaß zu Zweifeln. Ist die Fraudationsabsicht welche der Prätor im Auge hat, identisch mit dolus malus, mit dem bewußten Wollen der den Gläubigern nachtheiligen rechtswidrigen Vermögensentäußerung? Oder verlangt der Prätor ein mehreres und insbesondere etwa, daß der Gemeinschuldner die Verkürzung arglistig sich zum Zwecke gesetzt, mit anderen Worten, daß die Schädigung seiner Gläubiger auch das Motiv, der Bestimmungsgrund seines Handelns gewesen ist?

Die erstere Meinung wird gebilligt von Günther, Rechtslexicon s. v. Concurs S. 779, 781; Windscheid § 463 Note 10; Reinhart S. 105 oben, S. 107; Schönemann S. 36 flg.; Hasenbalg S. 40, wohl auch Scheurl in Pözl's kritischer Vierteljahrszeitschrift (Kritik von Dernburg's Pfandrecht) Bd. II. S. 444; Leoni in dem Citat

bei Schey Anm. 29 S. 132, 133 und in den Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts Oldenburg (1851) in Seuffert's Archiv Bd. V. Nr. 95, Oberappellationsgerichts Celle ib. (1850) Bd. IX. Nr. 356 S. 459 Nr. 3, Oberappellationsgerichts Kiel (1857) ib. Bd. XII. Nr. 227, Oberappellationsgerichts Kassel (1863) ib. Bd. XXII. Nr. 106; Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XV. S. 52.

Dagegen fordern die Quellen nach der Auffassung Fischer's S. 48; Schey's S. 131 flg.; wohl auch Zürcher's S. 28 flg. mit dem consilium fraudis mehr als den bloßen Willen der bewußten Verkürzung der Gläubiger und erheischen, daß die Herbeiführung dieses Erfolges die causa impulsiva, die erste Absicht des Handelnden gewesen sei (Fischer), daß der Schuldner die Veräußerung zu dem Zwecke vorgenommen habe, seine Gläubiger zu verkürzen (Schey). Ebenso Oberappellationsgericht Oldenburg in Seuffert's Archiv Bd. III. Nr. 249 [„nächster Zweck"], Oberappellationsgericht Lübeck (1853) ib. Bd. VII. Nr. 268, Oberappellationsgericht Wolfenbüttel (1868) ib. Bd. XXVIII. Nr. 93. Eine weitere Anzahl Rechtslehrer, welche consilium fraudandi mit: „Absicht" der Uebervortheilung (Laspeyres S. 37; Meischeider S. 36), „bösliche Absicht" (Keller § 370 S. 694), vergl. auch Göschen Bd. II. Abth. 2 § 630 Z. 2, übersetzen, lassen, da das bloße Wort: „Absicht" gerade hierin zweideutig ist, im Zweifel, ob sie auf bloßen dolus oder darauf, daß die Benachtheiligung der Gläubiger auch den Zweck des Schuldners bilden solle, zukommen wollen. Den gleichen Zweifel knüpfe ich an die Worte Franke's S. 125, welcher eine Veräußerung für anfechtbar erachtet, wenn der Schuldner sie vornahm, um den Gläubigern einen Bestandtheil seines Vermögens zu entziehen, und mit dem Bewußtsein, daß er diese dadurch verkürze.

Eine Entscheidung der Streitfrage läßt sich nur durch Vergegenwärtigung der lexicalischen Bedeutung von fraus gewinnen. Nach den umfassenden Forschungen, welche Moritz Voigt hierüber in Bd. XVI. der Königl. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften S. 110 bis 125 niedergelegt hat, ist die älteste technische Bedeutung von fraus: Nachtheil, den Jemand erleidet, oder: Benachtheiligung, welche Jemand zufügt, und zwar ist das die Bedeutung, welche ausschließlich im officiellen Sprachgebrauche aller gesetzgeberischen Emanationen des römischen Staates und deshalb auch (S. 115) im edictum über die actio Pauliana diesem Worte beigelegt worden ist. Im Munde des Prätor kann daher fraudationis causa nur heißen: Der Benachtheiligung der Gläubiger halber, und da „causa" immer auf einen

der Zukunft angehörigen Vorgang hinzielt: mit dem Wissen und Wollen des in Aussicht stehenden benachtheiligenden Erfolges des gestum. Freilich hat aber schon seit Cicero der Sinn des Wortes fraus geschwankt. Eine zweite Bedeutung von fraus = Hinterlist oder Betrug, ist aufgekommen und selbst in die Sprachweise der classischen Juristen übergegangen, Voigt S. 122 flg. Man würde deshalb von einer interpretatio duplex zu sprechen haben, wenn man sich überzeugen müßte, daß die Verfasser der in der Justinianischen Compilation verwertheten Rechtsbücher die ursprüngliche edictmäßige Bedeutung des Wortes außer Acht gelassen hätten. Ich kann mich davon nicht überzeugen. Keine einzige Stelle der römischen Quellen, in welcher fraus und seine Ableitungen fraudatio, fraudare in Verbindung mit den Sätzen der actio Pauliana erwähnt werden, zwingt zu der Annahme, daß fraus hier die hinterlistige Bezweckung der Verkürzung der Gläubiger bedeute. Im Gegentheil geben bestimmte Redewendungen, z. B. fraudem fieri in tempore l. 10 § 12, l. 17 § 2 D. h. t. 42, 8, lucrum sensit ex fraude l. 10 § 24 ib., fraudare velle und nolle l. 10 § 1, l. 17 § 2 D. ib. und l. 43 § 7 D. 21, 1 de aedil. ed. an die Hand, wie die ursprüngliche Bedeutung des Wortes = Nachtheil oder auch = gewollter Nachtheil im Bewußtsein der Sprache gewahrt geblieben ist. Und dann lassen die vielfach wiederkehrenden Verbindungen von consilium und fraus (fraudis consilium l. 10 D. 40, 9 qui et a quibus man., fraudandi consilium l. 15, l. 17 § 1, l.5 2 § 3 D. h. t. 42, 8, fraudandorum creditorum consilium l. 10 § 14 D. h. t., l. 43 § 1 D. 21, 1 de aed. ed.), in denen consilium nicht nur gleichbedeutend mit „Entschluß", sondern so viel als dolus malus ist (Binding Bd. II. S. 299 bei und in Note 391), schwerlich eine andere Auffassung zu, als die, daß die Willensseite der Handlung des Veräußerers in dem bewußten Wollen der Benachtheiligung der Gläubiger aufgeht.

Fischer S. 6 und Schey S. 132 berufen sich für ihre abweichende Meinung auf zwei Stellen, l. 43 § 7 D. 21, 1 de aed. ed. und l. 9 D. 4, 7 de alien. jud. mut. causa. Sie handeln davon, wie ein Käufer einer Sache wegen physischer Mängel derselben den Kauf aufhebt, und wie die Anfechtung der Redhibition mittelst der actio Pauliana, bez. der actio judicii mutandi causa nur zuläßig sein soll, wenn der Redhibent dabei den dolus hat, seine Gläubiger zu verkürzen, bez. den künftigen Prozeßgegner in eine nachtheiligere Lage zu bringen — Wächter Beilage XXXVI. B. II. zu Pandektenvorlesungen —: non redhibiturus alias, nisi vellet eos fraudare; nisi

si propter hoc ipsum redhibet, non redhibiturus alias. Der Käufer handelt in diesen Fällen an sich vollkommen rechtmäßig, wenn er von der Befugniß zu redhibiren Gebrauch macht. Aber die erlaubte Redhibition kann die Ursache der Benachtheiligung der Gläubiger werden. Ist der Schuldner sich dessen bewußt, und will er dessenungeachtet das, was er als Ursache des rechtswidrigen Erfolges erkennt, so hat er den Dolus, den die actio Pauliana erfordert. Freilich wird eine solche Handlungsweise leicht auch den Charakter der Chicane annehmen und von dem unredlichen Motiv der Verkürzung geleitet und begleitet sein: allein, daß dies der Fall sein kann, berechtigt noch nicht zu der Behauptung, daß es der Fall sein muß, daß die rechtlich relevante Willensseite der Handlung nur erst durch die Verknüpfung mit dem unredlichen Motiv getroffen ist. Am wenigsten läßt sich aber mit Fischer S. 7 diese Behauptung darauf stützen, daß von dem Schuldner gesagt wird, er müsse data opera handeln. Auch diese Wendung ist identisch mit dolo malo — Binding Bd. II. S. 299 in und bei Note 392 — und drückt in dem Zusammenhange, in welchem ich es allein vorfinde, in l. 3 § 1 D. h. t. 42, 8: data opera ad judicium non adfuit, nur den Gegensatz zu dem nicht bewußten und nicht gewollten Unterlassen der prozessualen Vertheidigung aus. Wenn endlich Schey S. 132 darauf Bezug nimmt, daß fraudationis causa latitare in l. 7 § 2—9 Dig. 42, 4 q. e. c. inf. poss. als ein Sich-Verbergen zu dem Zwecke der Gläubigerbenachtheiligung erläutert werde, so beweist das nicht mehr, daß die Wendung: fraudationis causa, wie ja zuzugestehen ist, an anderem Orte in diesem Sinne gebraucht wird, nicht aber, daß ihr auch für die actio Panliana die gleiche Bedeutung zukomme.

Hiernach halte ich für erwiesen: das römische Recht fordert für die subjective Seite der Verkürzungshandlung des Schuldners nicht mehr als Dolus desselben, das bewußte Wollen der Benachtheiligung seiner Gläubiger, man mag das Vorsatz oder Absicht nennen. Das Motiv zur That ist daneben ohne rechtlichen Belang. Der boshaft durchdachte Zweck des Schuldners, den Gläubigern den Schmerz eines Verlustes zu bereiten, Günther S. 781, oder der Zweck, sich selbst einen Vermögensvortheil zu gewinnen, Fischer S. 8, ist nicht von nöthen, Schönemann § 10 S. 42 vorl. Abs. a. E., ebenso wie andererseits ein sittlich unantastbares Motiv, z. B. der Zuneigung, der Dankbarkeit, der Wohlthätigkeit gegen den Anfechtungsgegner den Dolus nicht ausschließt. Hasenbalg S. 44 und das bei ihm S. 45 abgedruckte Erkenntniß des Appellationsgerichts Celle.

Das gewonnene Resultat rechtfertigt die Heranziehung der vom Dolus sonst geltenden Grundsätze und macht zugleich erklärlich, daß die Controversen der Doluslehre ihre Schatten auch in die Lehre von der Anfechtung der den Gläubigern nachtheiligen Rechtshandlungen werfen. Es kann unmöglich hier der Ort sein, diesen Streitfragen näher zu treten. Nur eine gedrängte Kennzeichnung des Standpunktes, den ich ihnen gegenüber einnehme, wird unerläßlich sein.

Dolus ist das bewußte Wollen einer rechtswidrigen That (Binding). Eine Summe von Vorstellungen einerseits, und der auf Herbeiführung des Vorgestellten gerichtete Wille andrerseits sind die naturalen Elemente des Begriffes.

a) Es fragt sich an erster Stelle, welche Vorstellungen muß der Schuldner bei der Ausführung der anzufechtenden Verkürzungshandlung haben?

Dem Schuldner muß zuvörderst das Bewußtsein davon innewohnen, daß ihm verboten ist, seine Gläubiger durch Entäußerung von Bestandtheilen seines Vermögens zu verkürzen. Er muß, um mit der Sprachweise der modernen Strafrechtswissenschaft zu reden, die Normwidrigkeit des civilrechtlichen Delictes der Verkürzung der Gläubiger kennen. Einem Schuldner, welcher mit dem einheimischen Rechtsleben keine oder nur geringe Berührung, jedenfalls mit der Wirkung gehabt hat, daß ihm die Unerlaubtheit solcher Benachtheiligung seiner Gläubiger nicht zum Bewußtsein gekommen ist, fehlt in Hinsicht auf das Paulianische Delict die Zurechnungsfähigkeit und deshalb der Dolus.

Im übrigen deckt sich die Summe der Vorstellungen, welche dem Schuldner nicht fehlen darf, mit der Summe der wesentlichen Eigenschaften der Verkürzungshandlung. Der Veräußerer muß sich bewußt sein, daß er von seinem Vermögen einen Bestandtheil hinweggiebt. Kann er sich auch sagen, daß er eine dem entäußerten Vermögenstheil mindestens gleichwerthige Gegenleistung an dessen Stelle in sein Vermögen erwirbt, so hebt das den Dolus nicht auf, weil der Begriff der Entäußerung gewahrt bleibt, vergl. § 7 A S. 48 flg. oben.

Das Bewußtsein der Entäußerung genügt aber nicht. Die civilrechtliche Norm, deren Uebertretung ihm verboten ist, lautet nicht: Du sollst nicht entäußern, sondern genau gefaßt: Du sollst nicht deine Gläubiger dadurch verkürzen, daß du Gegenstände deines Vermögens weggiebst. Mit andern Worten, sein Delict (sog. Erfolgsdelict) setzt zu seiner Vollendung einen von der Thätigkeit des Schuldners trennbaren Erfolg voraus. Deshalb muß sich der Schuldner auch den

Zusammenhang vergegenwärtigen, welchen die Entäußerung mit dem ihr wesentlichen Erfolge hat, und da dieser Erfolg, wie erst in § 24 gezeigt werden wird, in dem gänzlichen oder theilweisen Ausbleiben der den Gläubigern gebührenden Befriedigung besteht, so muß Gegenstand seiner Erkenntniß sein, daß eine solche Nichtbefriedigung die Wirkung seines Handelns ist. Gleichgültig ist dabei, ob der Schuldner die Zahl und die Personen der benachtheiligten Gläubiger näher fixirt, ob er sich vorstellt, er werde nur einen oder einzelne seiner Gläubiger, vielleicht eine bestimmte Klasse derselben, z. B. die Chirographarier, oder er werde sie sämmtlich verkürzen. Ebensowenig brauchen von ihm bestimmte Persönlichkeiten aus der Mitte seiner Gläubiger als das Opfer seiner Schädigungshandlung in das Auge gefaßt zu werden, so wie es für den Diebstahlsdolus ohne Relevanz ist, ob der Dieb die Kleider des A. oder des B. oder beider stehlen will. Ein etwaiger Irrthum des Schuldners darüber, welcher der verkürzte Gläubiger sein werde, error in persona s. objecto, alterirt daher wie bei allen gegen das Vermögen gerichteten Delicten die Annahme des Dolus nicht.

Die Vorstellungen, welche dem Schuldner von den objectiv-wesentlichen Thatmomenten innewohnen, müssen alsdann der Wirklichkeit entsprechen. Der irrige Glaube des Schuldners, er nehme eine Entäußerung vor, während er in Wahrheit sein Vermögen vermehrt, oder die von ihm vorgenommene Entäußerung werde den Verkürzungserfolg herbeiführen, während sie den Gläubigern zum Nutzen gereicht, vermag nicht den Dolus zu ersetzen. Der subjective Wahn kann der Handlung den ihr abgehenden Gehalt der objectiven Rechtsverletzung nicht aufdrängen. Huschke S. 30.

Zeitlich müssen alle auf Seiten des Schuldners vorauszusetzenden Vorstellungen demselben vor oder mindestens bei der Entäußerungshandlung beigehen. Ein dolus superveniens hat für den Rahmen der actio Pauliana keinen Raum.

Doch ist das Bewußtsein des Schuldners von dem Erfolge seiner Veräußerung noch nach dreifacher Richtung hin in seinem Gehalte zu prüfen und von verwandten Vorstellungen abzugrenzen.

aa) Es ist bestritten, wie sich dieses Erfolgsbewußtsein zu dem Bewußtsein des Schuldners davon verhalte, daß er zur Zeit der Entäußerungshandlung insolvent ist oder in Folge derselben insolvent wird. Meines Erachtens decken sich das Bewußtsein des einen und das des anderen inhaltlich und begrifflich nicht. Das Bewußtsein der Insolvenz ist denkbar ohne das Bewußtsein des wesentlichen Erfolges und umgekehrt.

Freilich bietet das erwiesene Bewußtsein der Insolvenz ein gewichtiges Anzeichen dafür, daß auch die umfassendere Vorstellung jenes Erfolges dem Schuldner nicht fremd geblieben ist. Vergl. § 32 a. Es ist aber nicht richtig, wenn dem Bewußtsein der schon vorliegenden oder mit der Entäußerung eintretenden Insolvenz die Bedeutung beigemessen wird, daß es begrifflich die Vorstellung der künftigen Nichtbefriedigung der Gläubiger erschöpfe, und ich kann Puchta, Vorlesungen § 380, nicht zustimmen, welcher lehrt, der Schuldner müsse in fraudem der Gläubiger gehandelt, das heiße: gewußt haben, „daß er insolvent sein wird.“ (Es müßte denn Puchta, wie dies nicht scheint — vergl. Motiven zu Tit. III. Buch 1 der Konkursordnung S. 408, — unter dem Insolventwerden das schließliche Ermangeln vollständiger Befriedigung der Gläubiger im Konkurse oder außerhalb des Konkurses haben verstehen wollen.) Ein Schuldner kann wissen, daß er in Abfall der Nahrung geräth oder schon ist, und doch vielleicht gerade um seiner Ehrlichkeit willen nicht entfernt daran denken, daß dieser Zustand der Insolvenz und eine von ihm bewirkte Entäußerung je werde zur Folge haben, daß seine Gläubiger in ihren Ansprüchen um einen Pfennig werden benachtheiligt werden. Mir schweben hier z. B. die ehrlichen und arbeitsamen Leute und guten Hauswirthe vor, welche das bei Gottschalck, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. III. S. 223, mitgetheilte Landtagsgutachten zur chursächsischen decisio XXV. von 1746 mit den Worten schildert: „Hauswirthe, welche mit andrer Leute Geld und durch Anderer Vorschub ihr Bewerb und Hauswirthschaft anfangen, deren Vermögen also zur Bezahlung der Gläubiger sogleich nicht zureichend ist, gleichwohl durch ihren Fleiß, Arbeit und Gottes Segen nach und nach ein eigenes unbeschuldetes Vermögen erlangen können.“ Solchen Personen wird, obschon sie ihre Vermögenslage kennen, in den meisten Fällen das Bewußtsein des schädigenden Erfolges ihrer Entäußerungen abgehen. Allein, auch der leichtsinnigste Schuldner kann im Bewußtsein der Ueberschuldung des Vermögens bei der Entäußerung reflectiren, daß diese zu jenem Erfolge zuversichtlich nicht hinführen werde, vielleicht im Gegentheil annehmen, daß die Entäußerung das beste Mittel sei, diesen Erfolg abzuwenden. Unterholzner Bd. II. S. 94 Not. f; Schey S. 131, 132.; Zürcher S. 29. Dann ist ihm doloses Handeln sicher ebensowenig zu imputiren, wie der Tödtungsdolus dem Schützen, der die Vorstellung, sein Schuß könne Menschenleben vernichten, mit der Erwägung beseitigt, er werde sicher nur den Vogel, nach dem er zielt, treffen, dann schießt und doch einen Menschen tödtlich trifft. Die

Verneinung der Ursächlichkeit der Entäußerung für den die Benachtheiligung der Gläubiger einschließenden Erfolg ist deshalb neben dem Bewußtsein der Vermögensunzulänglichkeit wohl denkbar. Da sie den Dolus nothwendig ausschließt, ist zugleich erwiesen, daß das Bewußtsein der Insolvenz mit der zur Annahme des Dolus unerläßlichen Vorstellung von der Bewirkung des bezeichneten Erfolges weder identisch ist, noch an sich diese Vorstellung unausbleiblich einschließt. Der Schuldner kann Bewußtsein der Insolvenz haben und doch ohne fraus handeln. Windscheid II. § 463 Not. 10; Reinhart S. 103; Seuffert's Arch. Bd. VII. Nr. 268, 1853 Oberappellationsgericht Lübeck; Bd. IX. Nr. 356, 3, 1848, Oberappellationsgericht Celle; Bd. XXVIII. Nr. 93, Oberappellationsgericht Wolfenbüttel 1868; vergl. jedoch Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XIV. S. 280 identisch mit Seuffert's Archiv Bd. XXXI. Nr. 88. (A. A. ohne Hinzufügung eines Grundes Scheurl in Pözl's kritischer Vierteljahreszeitschrift Bd. II. S. 444.)

Aber auch das Umgekehrte ist richtig: Der Dolus der Benachtheiligung kann vorhanden sein, obwohl der Schuldner noch solvent und seiner Solvenz sich bewußt ist. Dies muß schon daraus erhellen, weil wenigstens nach gemeinem Recht und nach der Deutschen Konkursordnung die Thatsache der Insolvenz des Schuldners zur Zeit oder in Folge der Entäußerung kein objectives Erforderniß des Anfechtungsanspruches bildet, vergl. § 16. Nur Hasenbalg S. 40 muß zu dem entgegengesetzten Ergebnisse gelangen, da er den der Handlung wesentlichen Erfolg mit der bloßen Verminderung der Befriedigungsmittel im Zustande der Zahlungsunfähigkeit, bez. mit der Herbeiführung dieses Zustandes fälschlich zusammenwirft. Aber gerade die gefährlichsten Schuldner, welche den Konkurs von langer Hand her planen, und die künftige Möglichkeit des Sinkens und der Zerrüttung ihrer Vermögensverhältnisse in Berechnung ziehen, würden sonst des Dolus entbehren. Sie würden unangreifbar handeln, wenn sie bei aller Zahlungsfähigkeit eine Entäußerung vielleicht gerade zu dem Zwecke vornehmen, um sich durch besondere Abmachungen mit dem Erwerber eine Hülfe in der Noth des etwaigen Konkurses zu sichern. Hasenbalg's Meinung würde sonach zu nicht zu rechtfertigenden Konsequenzen führen. Sie ist aber gewiß zu verwerfen, weil auf Seiten des Schuldners die Möglichkeit, auf welche es allein ankommt, sich die Vorstellung von dem durch seine Handlung bewirkten Verkürzungserfolge zu bilden, von der noch vorhandnen und ihm bewußten Zulänglichkeit seines Vermögens nicht berührt, geschweige denn ausgeschlossen wird. Vergl. Oberappel-

lationsgericht Oldenburg in Seuffert's Archiv Bd. V. Nr. 95, 1851. Der häufigere Fall ist erfahrungsgemäß freilich der, daß, wo fraus vorgelegen hat, auch das Bewußtsein der Insolvenz nicht gefehlt hat. Nur in dem Sinne, daß das eine Erfahrungsthatsache ist, nicht aber aus einem dem Dolusbegriffe entlehnten Grunde ist die Bemerkung Windscheid's II. § 463 Nr. 2 a. E. gerechtfertigt, daß die Verkürzungsabsicht „regelmäßig" das Bewußtsein der vorhandenen oder eintretenden Insolvenz „voraussetze".

bb) Es fragt sich, in welchem Verhältnisse der Schuldner sich die Ursächlichkeit der Entäußerung zu dem Verkürzungserfolge gedacht haben muß.

Drei Fälle sind denkbar. Der Schuldner kann den Verkürzungserfolg sich als die nothwendige, unabwendbare, oder als die wahrscheinliche, wirkliche, oder nur als die mögliche Folge der Entäußerung vorstellen. Keiner dieser Fälle schließt den Dolus aus. Die Ueberlegung: menschlicher Voraussicht nach wird der Erfolg eintreten, mit dem Beigedanken, es können aber auch Umstände eintreten, welche ihn verhindern, und die andere Ueberlegung: der Erfolg kann wenigstens eintreten, obwohl das wahrscheinlichere ist, daß er ausbleibt, schließen beide die Erkenntniß der Ursächlichkeit der Entäußerungshandlung ein; warum sollten sie der Annahme des Dolus entgegenstehen? Hasenbalg S. 40 2. Abschn. v. u. zieht deshalb wiederum den Kreis der Vorstellung viel zu eng, wenn er (wie das bei ihm S. 45 abgedruckte Erkenntniß des Appellationsgerichts Celle) behauptet, der Schuldner müsse den schädlichen Erfolg nicht erstrebt, aber als unvermeidliche Folge seiner Handlung in den Kauf genommen haben. Streng genommen ist ja die Vorstellung, daß ein Erfolg nothwendig herbeigeführt werde, bei der Fehlbarkeit menschlichen Wissens und Könnens überhaupt nie möglich, weil die Bedingungen, welche, abgesehen von dem Eingriffe des Handelnden in die Kausalverkettung, zu jedem Erfolge zusammenwirken müssen, von keinem Menschen überschaut und beherrscht werden.

Die Reflexion des veräußernden Schuldners kann dagegen, obwohl zur Erwägung der Ursächlichkeit des Entäußerungsaktes für den Erfolg vorgeschritten, mit dem Ergebnisse abschließen, der Erfolg wird oder kann nicht eintreten. Dann ist auch Dolus unbedingt zu verneinen. Jenes Resultat kann der Abschluß überstürzter, von eitler Hoffnung getragener, leichtsinniger Reflexion — culpa, luxuria — sein, eine fraus ist solches Gebahren nicht. Aus diesem Grunde schließt die falsche Vorstellung von der Ursächlichkeit seines Handelns für dessen

essentiellen Erfolg den Vorwurf des Dolus gegen denjenigen Schuldner aus, welcher eine Entäußerung in der von vornherein trügerischen und von einem Besonnenen nicht zu hegenden Erwartung vornahm, daß er auf diese Weise seinen Credit aufrechterhalten und den Konkurs abwenden werde. (Vergl. den Fall und die unrichtige Motivirung des Oberappellationsgerichts Oldenburg in Seuffert's Archiv Bd. III. Nr. 249.) Wäre wiederum der Schuldner nicht zur wirklichen und bestimmten Verneinung der Ursächlichkeit gelangt, wäre er bei dem Zweifel stehen geblieben, vielleicht werde er seinen Credit retten, vielleicht werde er nur noch tiefer in Verfall gerathen und seine Gläubiger zu Schaden bringen, auch die letztere Möglichkeit müsse er mit in den Kauf nehmen, obwohl er allein das erstere den Gläubigern und ihm Günstige wünsche und bezwecke, so handelt er cum dolo (eventuali).

cc) Auch das Bewußtsein, daß der Verkürzungserfolg durch den Entäußerungsakt nur mittelbar, unter Mitwirkung anderer Ursachen, herbeigeführt werde, reicht für den dolus des Schuldners vollkommen aus. Selbst einer klaren Uebersicht, welches die künftig wirksamen concausae sein können oder sein werden, bedarf es auf Seiten des Schuldners nicht. Wer handelt und einen Erfolg im Auge hat, ist auch einverstanden, daß alle ihm im Augenblicke des Handelns bekannten oder nicht bekannten Kräfte, welche zu dem Erfolge hinzuarbeiten tendiren und über welche er Gewalt oder nicht Gewalt hat, ihre Wirksamkeit zur Hervorbringung des Erfolges mit dem Fortwirken der zunächst causirenden Handlung vereinigen und alle an sich entgegenwirkenden Kräfte den Eintritt des Erfolges nicht abwenden.

Giebt ein Schuldner ein Stück seines Vermögens um eine Gegenleistung hinweg, welche dem Werthe des Entäußerten entspricht oder ihn sogar übersteigt, so enthält das bloße Bewußtsein dieser Handlung nicht den Paulianischen dolus, weil die Veräußerung in ihrer primären Wirksamkeit einen den Gläubigern nachtheiligen Erfolg nicht herbeiführt. Und doch kann dieses Bewußtsein in den Verkürzungsdolus übergehen, wenn der Schuldner die Veräußerung um gleichwerthiges Aequivalent als mittelbare concausa zu einer durch weitere Ursachsmomente bewirkten Verkürzung seiner Gläubiger in Betracht zog. Der Schuldner brauchte sich z. B. bei Vornahme der Veräußerung nur vorzustellen, wie er mit der Annahme des Aequivalents Gelegenheit gewinne, dasselbe seinen Gläubigern zu entziehen, oder wie das Aequivalent ihm durch von seinem Willen unabhängige Ereignisse abhanden gebracht, z. B. ihm ohne die Möglichkeit einer Erholung vom Autor entwährt und die Gläubiger hierdurch verkürzt werden könnten. Oberappellations-

gericht Kiel (1856) in Seuffert's Archiv Bd. XII. Nr. 113; Windscheid II. § 463 Note 8a; Franke S. 126 und 127 oben; Günther ad B S. 782; Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XXV. S. 105.

Das Gesagte gilt besonders auch bei Veräußerungen des solventen Schuldners. Reicht das Vermögen desselben der Entäußerung ungeachtet zur Befriedigung aller Gläubiger aus, und bedarf es daher zur Herbeiführung des Verkürzungserfolges des Hinzutrittes anderer Ursachen, so ist dem Solventen dolus nur zu imputiren, wenn er sich gleichwohl die Entäußerung als das erste Mittel zur Bewirkung des schädigenden Erfolges vorstellt. Er kann z. B. den künftigen Eintritt casueller Ereignisse: den Untergang eines befrachteten Schiffes, das ungünstige Resultat eingegangener gewagter Geschäfte oder Handlungen Dritter Personen wie das Zurückziehen eines eingeräumten Kredites, oder eigene Handlungen: eine leichtsinnige Verschleuderung oder eine arglistige Verbergung von Vermögenstheilen, kurz jede mehr oder minder klar erfaßte Eventualität in Berechnung ziehen, welche ihn die Möglichkeit oder die Gewißheit eines künftigen die nur theilweise Befriedigung seiner Gläubiger mit sich bringenden Konkurses voraussehen läßt. Dann bringt immer die Entäußerung für sich den benachtheiligenden Erfolg nicht unmittelbar hervor; der Ursachzusammenhang zwischen derselben und dem Erfolge wird durch die in zweiter Linie stehenden von sich aus causalen Ereignisse oder Handlungen unterbrochen. Genug aber, daß der Schuldner ihre Causalität in Betracht zog und billigte; dann war der ganze Erfolg in seiner Vorstellung einbegriffen, die Kette der dazu hinlenkenden Ursachlichkeiten in dieser eine ununterbrochene und deshalb dolus vorhanden. Ebenso liegt Tödtungsdolus vor, wenn der Verbrecher sein Opfer an einen Blitzableiter bindet, damit es vom Blitze getroffen werde, und der von sich causale casus des Blitzes den Gefesselten tödtet.

b) So complicirt das entwickelte Moment des dolus, die Summe der Vorstellungen des Handelnden, sich darstellt, so einfach gestaltet sich das andere Begriffselement: der Wille. Der Schuldner muß sich psychisch frei zu der Entäußerungshandlung trotz der vorgestellten Causalität derselben für den schädigenden Erfolg bestimmen, sie wollen. Blieb sein Urtheil über die Ursächlichkeit der Handlung zweifelhaft, sagte er sich, der Erfolg werde dadurch möglich, könne aber auch ausbleiben, so billigt er mit dem auf die Entäußerung gerichteten Willen auch den Fall, daß der Erfolg schließlich wirklich hervorgebracht werde, sein Dolus wird damit zum Eventualdolus (indeterminatus quoad effectum, Herrmann).

Ueberall aber genügt culpa nicht zur Fraudationsabsicht, weder wenn der Schuldner an den benachtheiligenden Erfolg gar nicht gedacht, noch, wenn er sich ihn zwar zu Bewußtsein geführt, sich ihn aber als vermeidbar, als nicht eintreten werdend, vorgestellt hat. Kein Anhalt aus den römischen Quellen, und am wenigsten der auf das Gebiet der Delicte sich nicht erstreckende sehr zweifelhafte Satz, daß culpa lata dem dolus gleichstehe, rechtfertigt die abweichende Meinung Hasenbalg's S. 45 und Schönemann's S. 38. Vergl. dagegen Eck, Jenaer Literaturzeitung 1874 S. 589 und Günther S. 781, wenn schon der Letztere zweifelhaft läßt, ob nicht unentschuldbare Nachlässigkeit dem dolus gleichzustellen sei. —

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch § 1509 und die Deutsche Konkursordnung § 24 drücken das Erforderniß der fraus des Schuldners übereinstimmend durch die Wendung aus, daß der Schuldner „in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen", gehandelt haben müsse. (§ 103 der Preuß. Konkursordnung Nr. 1: Absicht, die Gläubiger zu bevortheilen.) Sie haben damit alle Ansichten gebilligt, welche nach dem Vorstehenden als die richtigen gemeinrechtlichen erkannt wurden. Motiven zu § 24 der Konkursordnung S. 1421 verb. S. 1414 l.; Völderndorff Anm. c zu § 24 S. 291 ad I.; Stieglitz Bem. III. 1 zu § 24 S. 148. Für beide Gesetze soll insbesondere die Benachtheiligungsabsicht nichts weiter sein, als die Verbindung von dem Bewußtsein des Schuldners, daß die Verkürzung der Gläubiger durch sein Handeln herbeigeführt werde, mit dem Entschlusse, die Handlung trotzdem vorzunehmen. Nicht erfordert wird, daß der Schuldner die Benachtheiligung sich zum Zwecke gesetzt habe. Wenn Sarwey S. 108 oben für das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch das Gegentheil behauptet, so entgeht ihm die Festsetzung des § 121 desselben Gesetzbuchs, nach welcher eine absichtliche Verschuldung vorliegt, wenn eine rechtswidrige Handlung im Bewußtsein des Unrechts vorgenommen wird, mithin die sprachliche Möglichkeit, für das Gesetzbuch das Wort Absicht im Sinne von: „Motiv" auszulegen, ausgeschlossen bleibt.

Doch wird für das sächsische Recht eine Abweichung im Dolusbegriffe dadurch bedingt, weil nach ihm die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Zeit oder in Folge der Veräußerung ein objectives Erforderniß der Anfechtung bildet. Zur Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger gemäß § 1509 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehört deshalb, daß der Schuldner bei der Veräußerung sich die bereits eingetretene oder durch seine Handlung erst hergestellte Unzulänglichkeit seines Vermögens zum Bewußtsein gebracht hat. Selbstredend genügt

auch hier die eventuelle Absicht des Schuldners. Deswegen deckt sich zwar begrifflich die Absicht, zu benachtheiligen, auch nach sächsischem Recht nicht mit dem Bewußtsein der Ueberschuldung. Aber das letztere ist ein nothwendiger Bestandtheil der fraus, das Bewußtsein der Solvenz mit der Annahme des dolus unvereinbar geworden, und insoweit das im gemeinen Recht obwaltende Verhältniß zwischen der Verkürzungsabsicht und dem Bewußtsein der Insolvenz oder Solvenz (vergl. aa oben) abgeändert.

§ 19.

c) Mitwissenschaft des Anfechtungsgegners von der Verkürzungsabsicht des Schuldners.

I. Auf der Seite des Geschäftsgenossen des künftigen Gemeinschuldners.

Nach der übereinstimmenden Auffassung des gemeinen und sächsischen Rechts wie der Deutschen Konkursordnung liegt eine Verschuldung, ein Vergehen des unmittelbaren Geschäftsgenossen des veräußernden Schuldners darin, daß er bei seiner Theilnahme an der Vermögensentäußerung die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, kennt. l. 1 pr. D. h. t. 42, 8: cum eo, qui fraudem non ignoraverit. l. 10 pr. ib.: sciente te. l. 10 § 2 ib.: te conscio et fraudem participante. l. 6 § 8 ib.: sciens eum in fraudem creditorum facere verb. l. 25 § 3 D. h. t.; c. 5 Cod. 7, 75 h. t.; § 1513, 1, § 1514, 1 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs; § 24 Z. 1 der Konkursordnung (§ 103 Z. 1 der Preuß. KO.).

Da eine unerlaubte Handlung in Frage steht, muß vor allem der Geschäftsgenosse delictsfähig, doli capax, sein. §§ 119, 81 des Bürgerlichen Sächs. Gesetzbuchs. Dem Pupill wird für das gemeine Recht in l. 6 § 10 D. h. t. die Fähigkeit der conscientia fraudis ganz allgemein abgesprochen.

Nach römischem Rechte mußte den Anfechtungsgegner für seine Person die Verschuldung treffen. Wer ohne Kenntniß von der fraus durch einen Stellvertreter contrahirte, dem die Verkürzungsabsicht bekannt war, konnte nicht selbst aus dem Gesichtspunkte eines Vergehens belangt werden, sondern bloß der bösgläubige Vertreter (tutor, curator, procurator, filiusfamilias, servus) wurde den Gläubigern haftbar. l. 6 § 12, l. 10 § 5 D. h. t. 42, 8; Huschke S. 37 und 38; Sintenis II. § 124 A. II. 6 bei Note 33; Schönemann S. 38 bei Note 9. Dieser Satz war jedoch lediglich die Folge des römischen Princips, daß Stellvertretung bei Rechtsgeschäften in der Regel nicht zulässig war, und daher die durch einen Stellvertreter

bewirkte Betheiligung an der Vermögensentäußerung, bei welcher die Verschuldung verhangen wurde, nicht als die eigene Handlung des Vertretenen betrachtet werden konnte. Mit der gewohnheitsrechtlichen Beseitigung des römischen Principes (Windscheid Bd. I. § 73; Wächter Bd. II. § 88 S. 679; Arndts § 246 bei Anm. 4; Laband in Goldschmidt's Zeitschr. für d. ges. Handelsrecht Bd. X. S. 183 flg.) ist deshalb auch der römische Folgesatz dahingefallen. Der Abschluß eines mit dem fraudulosen Schuldner zur Verkürzung der Gläubiger eingegangenen Geschäftes durch einen Stellvertreter, welcher sich als solcher zu erkennen giebt, gilt heutzutage dem Abschlusse durch den Vertretenen vollständig gleich; daher haftet der Letztere nicht nur, wenn er selbst zur Zeit des Geschäfts die fraus des Schuldners kannte, sondern auch, wenn diese Kenntniß ausschließlich seinem Vertreter innewohnte. Strafrechtlich könnte er für das delictische Gebahren des Vertreters ohne eigne Schuld nicht haftbar gemacht werden. Die civilrechtliche Schadenersatzverbindlichkeit ist von der Person des in Wahrheit Schuldigen wohl lösbar. Binding Bd. I. § 31 I. 3 S. 215 flg. Wird einmal die Rechtshandlung des Vertreters in ihrer Totalität, also mit allen Vortheilen, welche sie einbringt, aber auch mit den Mängeln, welche ihr ankleben, als die eigene Willenserklärung des Vertretenen angesehen, so kann dieser sie nicht bloß in den ihm günstigen Folgen als die seinige gelten lassen wollen, sondern muß die delictische Beimischung als einen untrennbaren Theil des Geschäftes nothwendig mit in den Kauf nehmen. Muß sich doch der Principal auch die Anfechtung eines Geschäftes um des dabei von seinem Vertreter verübten Betruges oder Zwanges willen gefallen lassen. Vergl. Laband l. c. S. 227 bei Note 64; Anschütz und Völderndorff, Commentar zum HGB. Anm. 6 zu art. 52; Erläut. zu Buch 1 Tit. V. § 7; Puchelt, Commentar zum HGB. Anm. 9 zu art. 52; Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts § 120 S. 468 bei Note 54f; Endemann, Deutsches Handelsrecht § 31 bei Note 11 und 12 (3. Aufl.); Sächs. Bürgerliches Gesetzbuch § 788. A. A. Appellationsgericht Celle in Seuffert's Archiv Bd. XXV. Nr. 93, 1870. Hieraus ergiebt sich die wichtige Consequenz, daß die Anfechtung auch gegen Handlungsunfähige, juristische Personen, Handelsgesellschaften u. s. w. zulässig ist, welche als solche ein Delict nicht verüben können, sofern ihren delictsfähigen Vertretern bei dem für sie geschlossenen Geschäfte die Bekanntschaft mit der Verkürzungsabsicht des Schuldners beiwohnte. Sie haben, wie gleich an diesem Orte vorweggenommen werden darf, auch jede andere die Anfechtung begründende Verschuldung ihrer Ver-

treter, vor allem im Falle des § 23 der Konkursordnung die Kenntniß derselben von der Zahlungseinstellung oder dem Konkurseröffnungsantrage als ihre eigene auf sich zu nehmen, wenn eine solche sich mit einem für sie eingegangenen Geschäfte vermischte. Stieglitz Bem. V. 2 S. 139 und VI. 3 a. E. S. 144 zu § 23.

Mit Unrecht findet sich hiernach die Auffassung des römischen Rechts als die geltende gemeinrechtliche aufrechterhalten bei Sintenis und Schönemann l. c.; Unterholzner Bd. II. S. 96 C—E; Göschen Bd. II. Abth. 2 § 631 Z. 2; Keller § 370 S. 694; Meischeider S. 106, 107; Zürcher S. 38; Mankiewicz S. 43.

Zu allseitiger Erfassung des Begriffes der conscientia fraudis sind demnächst folgende Momente zu beachten.

Muß der Geschäftsgenosse das absichtliche Handeln des Schuldners erkennen, so reicht nicht aus, daß er einsieht, wie der Schuldner faktisch, aber nicht wissend und wollend seine Gläubiger benachtheiligt, Hasenbalg § 7 unter A, a S. 74. Ebensowenig genügt das Wissen des Geschäftsgenossen davon, daß der Schuldner zur Zeit der Entäußerung zahlungsunfähig ist oder durch dieselbe überschuldet wird. Dabelow S. 416; Laspeyres S. 38 bei Note 10; Reinhart S. 108; falsch Sarwey S. 107 Nr. 4. Ja es genügt selbst die Kenntniß davon nicht, daß der Veräußerer sich der vorhandenen oder eintretenden Insolvenz seines Vermögens bewußt ist, weil dieses Bewußtsein sich begrifflich mit der Benachtheiligungsabsicht nicht deckt, vergl. § 18 S. 102 flg. Seuffert's Archiv Bd. XXVIII. Nr. 93 Oberappellationsgericht Wolfenbüttel 1868. Noch weniger kann die Mitwissenschaft des Geschäftsgenossen von der fraus mit der bloßen Kenntniß, daß der Schuldner noch andere Gläubiger habe, gegeben sein, l. 10 § 2, 4 D. h. t.; Siebenhaar, Commentar zu § 1513 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs; Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Dresden, N. F. Bd. III. S. 131. Daß unter Umständen die erwiesene Wissenschaft der vorbezeichneten Thatsachen als Indiz für den Beweis der conscientia fraudis verwendbar ist, wird deswegen nicht geleugnet, vergl. § 32; nur der Begriff der conscientia fraudis ist damit nicht zu vermengen.

Andrerseits ist nach gemeinem Recht und nach der Deutschen Konkursordnung conscientia fraudis damit vereinbar, daß der conscius weiß, der Fraudator sei und bleibe trotz der Entäußerung solvent. Nach Sächsischem Recht gilt der entgegengesetzte Satz, weil die Verkürzungsabsicht des Schuldners sein Bewußtsein der Insolvenz als ein nothwendiges Moment einschließt, vergl. S. 108.

Auch nach andern Richtungen ist nichts mehreres als conscientia fraudis zu erfordern. Sie ist insbesondere nicht ausgeschlossen, wenn der Geschäftsgenosse des Gemeinschuldners an dessen Rechtshandlung in der Hoffnung oder mit der bestimmten Zuversicht Theil nimmt, daß der Schuldner seine Absicht der Benachtheiligung nicht erreichen, daß es nie zur Vollendung des Delictes, nie zum wirklichen Ausbleiben der Befriedigung der Gläubiger infolge der Entäußerung kommen werde. Sie setzt ferner nicht voraus, daß der Geschäftsgenosse des Schuldners von irgend einem verwerflichen Motiv geleitet wird. Er braucht deshalb keineswegs den Zweck zu verfolgen, daß er durch die Entäußerung selbst einen Vermögensvortheil erlange, oder daß dem Schuldner die Beiseiteschaffung von Vermögensobjecten erleichtert oder ermöglicht werde. Franke S. 126; Meischeider S. 36; Schönemann § 10 S. 42 vorl. Abs. a. E.; Fischer S. 8, 6; Motiven zu § 24 der Konkursordnung S. 1421; Fuchs § 9 Nr. 3 Abs. 1 a. E.; Völderndorff Anm. c zu § 24 ad II. S. 291. Wenn im Gegentheil Günther S. 781 und 782 oben die „directe Absicht", das ist: das Motiv der Erlangung eines eigenen Vortheils oder der Schädigung der Gläubiger oder der Begünstigung des Schuldners erfordert, und Schönemann § 10 S. 41 wenigstens die vage Anforderung aufstellt, daß der Erwerber neben der Mitwissenschaft von der Verkürzungsabsicht unter besonderen nach der Gestaltung des einzelnen Falls zu bemessenden Umständen sein eigenes Interesse dolos wahrgenommen habe, so stehen diese Meinungen einmal schon im Widerspruch mit der bloßen Uebersetzung von conscientia fraudis. Sodann ist aber die mala fides, welche dem andern Theile beiwohnen muß, eine Thatsache, welche bei seinem Handeln entweder vorhanden ist oder nicht vorhanden ist; die subjectiven Bestimmungsgründe, die dem Geschäftsgenossen zu der Betheiligung an der Entäußerung Anlaß geben, fallen für das Vorhandensein dieser Thatsache ganz außer Betracht. Hasenbalg S. 75 unter c. Aus dem nämlichen Grunde ist ohne jede Bedeutung, auf welchem Wege der andere Theil die conscientia fraudis erlangt hat. Gleichgültig ist also, ob der Schuldner selbst oder Dritte ihm von der fraus des Schuldners Mittheilung gemacht haben, oder ob der Erwerber aus den Umständen der Sachlage auf das Vorliegen der Verkürzungsabsicht geschlossen hat, Laspeyres S. 38 bei Note 7; Hasenbalg S. 76 unter d. Dagegen würde nicht zureichen, daß die Umstände, unter denen der künftige Kridar veräußerte, solche waren, aus denen der andere Theil bei einiger Aufmerksamkeit und Besonnenheit zu der Ueberzeugung von der Verkürzungsabsicht hätte

gelangen können oder sollen. Selbst grobe Fahrlässigkeit seinerseits kann der wirklichen Wissenschaft von der fraus nicht gleichgeachtet werden. Nicht zu verwechseln ist hiermit der für die Beweisfrage erhebliche Schluß des Richters, daß die Umstände solche waren, daß der andere Theil die Kenntniß jener Absicht gewinnen mußte, das ist, daß er sie wirklich gewonnen habe. Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XIV. S. 280, 281.

Der Zeit nach muß der Geschäftsgenosse die conscientia fraudis bei seiner Mitwirkung zu der Vermögensentäußerung des Schuldners haben. Die spätere Erlangung der Kenntniß schließt die Annahme einer Schuld aus. Mala fides superveniens bildet daher den rechtlich bedeutungslosen Gegensatz zur conscientia fraudis. Völderndorff Anm. c III. zu § 24 S. 292; Stieglitz, Bem. III. 3 zu § 24 S. 148 und 149.

Nicht unbemerkt mag bleiben, daß für den Anfechtungsgegner an diesem Orte die von den meisten Rechtslehrern gebrauchte Bezeichnung: „der Erwerber" oder, wie das Sächsische Gesetzbuch sagt: „der Empfänger" mit Vorbedacht vermieden worden ist, weil dieselbe nach den Bemerkungen in § 26, 1 nur a potiori zutrifft.

II. Auf der Seite einer dritten an der Vermögensentäußerung des Schuldners nicht unmittelbar mitwirkenden Person.

1. Im gemeinen Recht ist es eine bestrittene Frage, ob den Gläubigern aus dem Grunde einer Paulianischen Verschuldung ein Dritter haftbar werde, welcher an der Vermögensentäußerung unmittelbar nicht Theil nimmt, aber doch unter Mitwissenschaft von der Fraudationsabsicht des Schuldners Rechtsnachfolger des unmittelbaren Geschäftsgenossen wird. Die Mehrzahl der Rechtslehrer bejaht die Frage auf Grund des argumentum ex contrario aus l. 9 D. 42, 8 h. t., welche sagt, daß der in gutem Glauben vom fraudis conscius kaufende Dritte mit der actio Pauliana nicht belangt werden könne, weil der Dolus nur dem schaden solle, dem er zur Last falle. Arndts § 228 Anm. 4; Sintenis Bd. II. § 124, 6 bei Note 34; Puchta, Vorlesungen § 380; Günther S. 786, Z. 2; Brinz § 123 S. 531 unten; Meischeider S. 98, 99; Sonnenschmidt, praktische Erört. 1875 S. 17—20; Reinhart S. 136 oben; Zürcher S. 38; Mankiewicz S. 55; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. II. § 130 Nr. 2 Note 9; Schey S. 147; Francke, Archiv für civilistische Praxis Bd. LXII. (1879) § 4 S. 477 flg.; Seuffert's Archiv Bd. XXVIII. Nr. 92, 1868, Oberappellationsgericht Wolfenbüttel; Bd. XXXIII.

Nr. 357, Obertribunal Berlin, 1877; Bd. XX. Nr. 98, Oberappellationsgericht Celle, 1864. Dagegen verwirft Huschke S. 58 diese Auslegung in Consequenz der in § 1 widerlegten Ansicht, daß das Paulianische Rechtsmittel eine Universalklage sei, und gegen den Dritterwerber nur titulo singulari geklagt werden könne, und Windscheid Bd. II. § 463 Anm. 23 findet den Schluß ex contrario aus l. 9 cit. für „zu wenig zwingend". Vergl. auch Göschen Bd. II. Abth. 2 § 632 Z. 3. Ich sehe keinen Grund, warum das Argument nicht genügen solle. Demnach haftet auch ein Dritter, welcher von dem unmittelbaren Geschäftsgenossen oder von dessen Rechtsnachfolger zufolge der Entäußerung des künftigen Cridars einen Erwerb macht, und zur Zeit des Erwerbes Kenntniß von der vormaligen Fraudationsabsicht hat. Ein Erwerb ist also bei ihm von nöthen; nicht nöthig ist, daß er auch Kenntniß von der conscientia fraudis des mit dem Cridar contrahirenden Theils hat, Francke l. c. S. 479 flg., und es ist endlich auch gleichgültig, ob der erste Erwerber überhaupt fraudis conscius war oder nicht, weil den Dritterwerber seine eigene conscientia fraudis selbstständig haftbar macht, a. A. Francke l. c. S. 483, 484. Hatte der Dritterwerber durch einen Stellvertreter contrahirt, so reicht es gemäß den S. 109 flg. entwickelten Grundsätzen aus, wenn entweder er oder der Vertreter die Benachtheiligungsabsicht des Schuldners kannte.

2. Nach Sächsischem Recht (§ 1518 des Bürgerl. Gesetzbuches) ist die Anfechtung auch gegen den Dritten und jeden späteren Erwerber zulässig, wenn der Dritte die Absicht des Cridars, seine Gläubiger zu benachtheiligen, und, sofern die Veräußerung des Schuldners eine entgeltliche war, auch die Wissenschaft des ersten Erwerbers um diese Absicht gekannt hat.

3. Die Deutsche Konkursordnung räumt

a) die Anfechtung gegen den Singularnachfolger des ersten Erwerbers regelmäßig unter folgenden Voraussetzungen ein — § 33 Abs. 2 Z. 1 (Preuß. KO. § 109) —:

α) Dem Dritterwerber muß subjectiv zur Zeit des Erwerbes bekannt sein, daß der veräußernde Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen. Darin liegt das delictische Moment der Handlung des Dritterwerbers und der Rechtsgrund seiner Haftung. Zugleich wird davon das zur Begründung seiner Haftbarkeit unentbehrliche Erforderniß umfaßt, daß der Gemeinschuldner bei Vornahme des Ursprungsgeschäftes die Fraudationsabsicht hatte.

β) Das Geschäft, welches der Gemeinschuldner und der mit ihm unmittelbar Contrahirende eingingen, muß in thesi der Anfechtung ausgesetzt sein. Gleichgültig ist, ob die Anfechtbarkeit aus § 23 oder 24 oder 25 der Konkursordnung herzuleiten sein würde.

„Soviel ist klar", sagen die Motiven zu § 33 S. 1430, „die Anfechtung hat stets das mit dem Gemeinschuldner geschlossene erste Rechtsgeschäft zum Gegenstand; ist dieses unanfechtbar, so ist das Vermögensstück rechtsgültig und unwiderruflich aus dem Vermögen des Gemeinschuldners geschieden. Die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger setzt also nothwendig voraus, daß die Anfechtung gegen den ersten Rechtsvorgänger zulässig sein würde."

Diese Argumentation kann nicht als zutreffend anerkannt werden. Die Anfechtung gegen einen Dritterwerber braucht das Ursprungsgeschäft nur in dem Sinne zum Gegenstande zu haben, daß die den Gläubigern nachtheiligen Wirkungen dieses Geschäftes ihnen gegenüber bei Seite gesetzt werden. Dieses Ziel kann die Anfechtung gegen den Dritterwerber verfolgen ganz unabhängig davon, ob das Ursprungsgeschäft für sich betrachtet gegen den ersten Erwerber hätte angefochten werden können oder nicht. Auch wenn letzteres nicht angeht, ist die wissentliche Betheiligung des Dritterwerbers an der fraus des Gemeinschuldners und die mit Vollziehung des Erwerbsaktes gegebene dolose Perpetuirung des durch das Ursprungsgeschäft hergestellten Verkürzungseffectes Grund genug, um die Haftbarkeit des Dritterwerbers zu rechtfertigen. Ich halte daher die dem § 109 der Preuß. KO. entlehnte Aufstellung des Erfordernisses, daß die Anfechtung des Ursprungsgeschäftes gegen den ersten Erwerber begründet gewesen sein muß, für legislativ nicht glücklich.

Im übrigen ist diese Voraussetzung nur eine objective; der Dritterwerber braucht von der Anfechtbarkeit des Ursprungsgeschäftes keine Kenntniß gehabt zu haben.

War das gegenüber dem ersten Erwerber vorgenommene Geschäft nur aus § 23 oder aus § 25 anfechtbar, so muß wegen des unter *α* erwähnten Erfordernisses mit dem Geschäfte die Benachtheiligungsabsicht des Gemeinschuldners verbunden gewesen sein, obwohl § 23 und 25 diese Absicht nicht voraussetzen.

γ) Der anzufechtende Erwerb des Dritterwerbers muß sich aus dem zwischen dem Gemeinschuldner und dem ersten Erwerber geschlossenen Geschäfte herleiten, gleichviel ob er dem Anfechtungsgegner von dem Geschäftsgenossen unmittelbar oder von einem zweiten, dritten 2c. Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers übertragen wurde. Die Art und Weise der Uebertragung richtet sich nach der Natur des zu ver-

äußernden Rechtes; sie kann ebensowohl Besitzübergabe, als Cession oder Indossament u. s. w. sein (deshalb zu eng § 109 der Preuß. KO.: „gegen einen dritten Besitzer").

Diese Sätze leiten sich von selbst aus der Fassung des § 33 Abs. 2 Z. 1 der KO. ab. Völderndorff Anm. b—e zu § 33 S. 357 flg.; Sarwey Anm. 2—6 zu § 33 S. 180 flg.; Stieglitz Anm. III u. IV zu § 33 S. 183 flg.; Petersen Bem. 1, 3, 4 zu § 33 S. 171 flg.; Wilmowski Anm. 3—6 zu § 33 S. 128 flg. Nicht mit gleicher Sicherheit lassen dieselben sich auf die dem § 33 untergelegten Motiven stützen, welche eine Wiederholung der dem abgeänderten § 39 des I. Entwurfes beigegebenen sind. Darin ist jedoch den Motiven gewiß beizustimmen, daß die Anfechtung gegen den Dritterwerber nicht von der vorherigen Durchführung der Anfechtung gegen den Vertragsgenossen des veräußernden Schuldners abhängig ist; jeder haftet selbstständig neben dem anderen aus seinem Delict. Andrerseits ist die von den Motiven gebilligte Rechtsansicht des vormaligen Obertribunals zu Berlin (Entsch. Bd. XXII. S. 123) zu verwerfen, wonach „die rechtskräftige Zurückweisung einer Anfechtung gegen den Vertragsgenossen des Schuldners die fernere Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger desselben ausschließe, weil, wenn auch res judicata nur inter partes wirke, die Zulässigkeit der Anfechtung gegen den Ersteren materielles Präjudiz für die gegen den Letzteren wirke." So lange die Rechtskraft nur die Parteien bindet, unter denen das Urtheil ergeht (Windscheid I. § 132; Wetzell, System des ord. Civilprocesses § 47 S. 576 flg. der 3. Aufl., Civilproceßordnung § 293 und Motiven dazu S. 482 u. 483), schafft das zwischen diesen Parteien ergangene Urtheil für oder wider Dritte weder ein formelles noch ein materielles Präjudiz. Wenn daher der Verwalter die Anfechtung aus § 24 der Konkursordnung gegen den ersten Erwerber mit Erfolg im Rechtsstreite durchgeführt hat, so muß er in dem gegen den Dritterwerber angestrengten Processe die fraus des Schuldners und die conscientia fraudis des ersten Erwerbers aufs neue beweisen. Die Bezugnahme auf den früheren Rechtsstreit, in welchem dieselben Momente als erwiesen angesehen worden sind, kann ihm höchstens als Mittel zur Herbeiführung der richterlichen Ueberzeugung von der Wahrheit jener Thatsachen dienlich sein. W. Francke, Archiv für civil. Praxis Bd. LXII. S. 494. A. A. Hartmann, Rchs-Anf.-Ges. Bem. 5 zu § 11; hinsichtlich § 109 der Preuß. KO. Meischeider S. 99 und Koch, Kommentar, Anm. 11, d S. 108 der 2. Ausg.

b) Gehört der Dritterwerber zu den in § 24 Z. 2 der Konkurs-

ordnung bezeichneten nahen Verwandten oder Verschwägerten des Gemeinschuldners, vergl. § 34 II. 1, so wird eine Verschuldung desselben schon darin gefunden, daß er von den Umständen Kenntniß hatte, welche die Anfechtung gegen den unmittelbaren Geschäftsgenossen des veräußernden Schuldners aus irgend einem der in § 23 bis 25 aufgestellten Gesichtspunkte zulassen. § 33 Abs. 2 Z. 2 der Konkursordnung (§ 109 Z. 2 der Preuß. KO.). Es ergiebt sich dies aus dem Inhalte des Gegenbeweises, welcher ihm zur Entlastung vorbehalten ist. Objectiv wird wiederum vorausgesetzt, daß das Ursprungsgeschäft gegen den mit dem Gemeinschuldner Contrahirenden der Anfechtung unterliegt. Dann soll der verwandte Singularnachfolger ebenso „behandelt werden, als stände er an Stelle des unmittelbaren Erwerbers, als sei er es gewesen, der mit dem Gemeinschuldner contrahirt hatte.“ Motiven S. 1431. Es ist deshalb nicht weiter erforderlich, daß der Geschäftsgenosse des Schuldners oder ein Zwischenerwerber des vom Schuldner Veräußerten in gleichem Grade mit dem Schuldner verwandt oder verschwägert gewesen ist, wie der Inhaber des Erwerbes, gegen welchen die Anfechtung aus § 33 Z. 2 sich richten soll. Mandry § 38 III. 2 b S. 390; Fuchs § 10 IV. S. 56; Völderndorff Anm. f S. 361; Sarwey Anm. 7 S. 183.

Die unter a und b präcisirten Gattungen der Verschuldung sind es ausschließlich, denen der dritte Erwerber nach der Konkursordnung verfallen kann. Das Gesetz kennt gegen ihn, obschon dies nur consequent und legislativ ganz unbedenklich sein würde (Völderndorff l. c. Note 11 S. 359; a. A. Motiven zu § 33 S. 1431), kein Analogon der Schuldform des § 23. Meines Erachtens würde vom Standpunkte der Gesetzgebung aus auch die Generalisirung der in § 33 Z. 2 statuirten Verschuldung (b) gegen jeden Singularnachfolger des ersten Erwerbers (selbstredend so, daß dem Verwalter für die Regel die Last des Beweises dieser Delictsgattung obliegt) zu empfehlen sein.

§ 20.

d) Die in § 23 der Deutschen Konkursordnung geschaffene Schuldart.

Die Verschuldung, welcher der Geschäftsgenosse des Gemeinschuldners zufolge § 23 der Konkursordnung theilhaftig werden kann, ist schon in § 3 Nr. 1 S. 19 flg. begrifflich entwickelt worden. Ihre Eigenthümlichkeiten liegen in folgenden Punkten:

1. Wenn jene Verschuldung darin besteht, daß dem Geschäftsgenossen des künftigen Cridars (oder seinem Stellvertreter S. 111) zur

Zeit seiner Theilnahme an der benachtheiligenden Rechtshandlung des Letzteren bekannt war, wie der Schuldner die Zahlungen eingestellt hatte, oder wie ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu dem Vermögen desselben eingebracht war, so setzt sie — anders als die conscientia fraudis — nicht auch die Wissenschaft eines Momentes des Bewußtseins des Entäußernden voraus. Das Delict erschöpft sich in der Kenntniß von dem Eintritte dieser objectiven Ereignisse, von dem äußeren Hervortreten der sogenannten Konkursmäßigkeit des Schuldners. Es wird zwar der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung sich häufig seiner an den Tag getretenen Konkursmäßigkeit bewußt sein. Aber das Vergehen des Anfechtungsgegners liegt vor, auch wenn der Schuldner dieses Bewußtsein nicht hatte, oder wenn der Gegner von diesem Bewußtsein keine Kenntniß hatte. Nicht zu billigen ist daher die Ansicht Mandry's § 38 I. 3, a β S. 381, welcher die unter Wissenschaft von der zu Tage getretenen Konkursmäßigkeit geübte Theilnahme des Geschäftsgenossen an der Rechtshandlung des Schuldners als eine Betheiligung an einer Widerrechtlichkeit des Letzteren, welche hier immer eine bewußte sei, charakterisirt. In dem Falle z. B., wenn ein Gläubiger wider den künftigen Gemeinschuldner die Konkurseröffnung beantragt, und zwar der Geschäftsgenosse des Cridars, nicht aber der Cridar selbst von der Stellung des Antrags Kenntniß hatte, ist die Anfechtung aus § 23 gewiß statthaft, eine bewußte Widerrechtlichkeit des Cridars aber nicht gegeben.

2. Für die Schuldart des § 23 genügt nicht, daß dem Anfechtungsgegner bekannt war, daß das Vermögen des Schuldners zur Zeit der Rechtshandlung bereits faktisch und latent sich im Zustand der Ueberschuldung befand. Dieser Zustand und bez. das Minus der bloßen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Sinne des § 94 der Konkursordnung muß in einer der beiden Gestalten: entweder in der Zahlungseinstellung oder in einem Konkurseröffnungsantrage für Dritte äußerlich erkennbar geworden sein.

a) Zahlungseinstellung ist unter den verschiedensten Formen denkbar. Wesentlich ist für ihren Begriff, daß bestimmte äußere Erscheinungen an den Tag getreten sind, welche mit relativer Sicherheit auf das andauernde Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners als desjenigen Zustandes des schuldnerischen Vermögens schließen lassen, welcher die jederzeitige Eröffnung des Konkurses (§ 94 der KO.) rechtfertigen würde. Die nähere Beschaffenheit dieser Erscheinungen wird von der Konkursordnung nicht weiter geschildert. Dem Ermessen und der nach § 259 der Civilproceßordnung platzgrei-

fenden freien Beweiswürdigung des Richters bleibt es überlassen, ob er im einzelnen Falle ihr Vorliegen zu einer gewissen Zeit anzunehmen habe. Vornehmlich (vergl. Preuß. KO. § 113 Abs. 2) werden als solche Erscheinungen in Betracht kommen die Erklärung des Schuldners, daß er zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten außer Stande und überschuldet sei, das Austreten desselben, die Schließung seiner Läden oder Magazine, fruchtlose Hülfsvollstreckungen, die beharrliche Verweigerung der Leistung fälliger Zahlungen oder die Protestirung fälliger Wechsel, vielleicht schon die Ablehnung einer einzigen nach dem ganzen Umfange seines Vermögens beträchtlich in das Gewicht fallenden Zahlung, obwohl alle diese Thatsachen nicht absolut schlüssige Anzeichen der Konkursmäßigkeit abgeben müssen. Völderndorff Anm. b zu § 23 S. 268, 269; Petersen Anm. I. 2 zu § 23 S. 129 flg.; Stieglitz Bem. II. zu § 94 S. 455 flg.; Fuchs § 23 I. S. 115; Wilmowski S. 223 flg.; am besten Sarwey Anm. 2 zu § 94 S. 482 flg. Entsch. des Reichs-OHG. Bd. X. S. 69; XIII. S. 227. Die bloße Unmöglichkeit, einzelne Zahlungen mangels augenblicklich parater Zahlungsmittel bei vorliegender Zulänglichkeit des Vermögens zu leisten, steht dagegen als Zahlungsstockung ebenso wie die absichtliche Nichtleistung einzelner Zahlungen ungeachtet der Zahlungsfähigkeit im principiellen Gegensatz zur Zahlungseinstellung. Motiven zu Buch 1 Tit. 3 der Konkursordnung S. 1411, und zu § 94 S. 1503 u. 1504. In dem besonderen Falle des § 185 der Konkursordnung wird der Zahlungseinstellung bei Aufhebung eines Zwangsvergleichs in Folge rechtskräftiger Verurtheilung des Cridars wegen betrüglichen Bankerotts der Tag des ersten die Verurtheilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urtheils für die Anfechtung derjenigen Rechtshandlungen substituirt, welche in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkursverfahrens vorgenommen sind. Eine inzwischen aufs neue erfolgte Zahlungseinstellung übt indeß auch in diesem Falle die ihr zukommenden Wirkungen.

b) Unverkennbar in seinem äußeren Auftreten ist der auf Eröffnung des Verfahrens gerichtete Antrag des Gemeinschuldners oder eines Konkursgläubigers, § 95 Abs. 2 der Konkursordnung. Er kommt mit der Einreichung einer ihn ausdrückenden Schrift oder mit der mündlichen Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers zur Vollendung. Völderndorff Anm. e l. c. S. 269; Stieglitz Bem. II. zu § 23 S. 131, 132.

3. Nicht die Betheiligung an allen beliebigen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners ist geeignet, der Kenntniß von der zu Tage

getretenen Konkursmäßigkeit des Schuldners das Delictsgepräge aufzudrücken. Abgesehen von den objectiven Begünstigungen, welche § 23 Z. 2 der Konkursordnung im Auge hat — vergl. § 34 Nr. I. unten —, müssen

a) die Rechtshandlungen, an welchen der Anfechtungsgegner Theil nimmt, entweder Rechtsgeschäfte sein, durch deren Eingehung schon und unmittelbar die Konkursgläubiger benachtheiligt werden. Darüber vergl. § 7 A, a S. 50.

b) Oder es müssen solche Rechtshandlungen sein, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren. § 23 Z. 1, 2. Thl. der Konkursordnung.

α) Nur ein Konkursgläubiger, genauer: ein Gläubiger des Schuldners, welcher nach Eröffnung des Konkurses im technischen Sinne des § 2 der Konkursordnung Konkursgläubiger sein würde, kann sich des hier vorgesehenen Vergehens schuldig machen. Gläubiger, welche zur Aussonderung von Massegegenständen befugt sind, oder denen ein Absonderungsrecht zur Seite steht, handeln erlaubt, wenn sie ungeachtet der Kenntniß der Konkursmäßigkeit wegen ihrer qualificirten Forderungen und soweit deren bevorzugte Natur reicht, von dem künftigen Cridar Sicherung oder Befriedigung annehmen. Der Vermiether z. B., dem der Cridar auf drei Jahre vor der am 1. Februar 1880 erfolgten Konkurseröffnung 300 ℳ Miethzins schuldet und nach Stellung des Eröffnungsantrages am 29. Januar zahlt, ist auf Grund des § 41 Z. 4 der Konkursordnung wegen 100 ℳ in Ansehung der vom Miether eingebrachten Sachen im Werthe von 3000 ℳ absonderungsberechtigt; insoweit ist die Zahlung aus § 23 der Konkursordnung nicht anfechtbar. Dagegen muß er den Mehrbetrag der 200 ℳ, derenthalber er bloßer Konkursgläubiger ist, der Masse restituiren. Stieglitz Bem. IV. 2 zu § 23 S. 137, 138; Völderndorff Anm. k zu § 23 S. 277—279.

β) Als Sicherungsakt kommt für § 23 Z. 1, 2. Thl. vorzugsweise die Bestellung von Hypothek oder Faustpfand (Preuß. KO. § 101 Z. 1) oder die Einräumung eines eine gleiche Sicherstellung gewährenden Retentionsrechts in Betracht. Die Verbürgung des Schuldners für eine fremde Schuld bildet nur ein Rechtsgeschäft im Sinne des ersten Theils der Ziffer 1 des § 23 (oben a), Sarwey Anm. 5 zu § 23 S. 133; Völderndorff Anm. 1 zu § 23 S. 280. Leistet ein Dritter für eine Schuld des Cridars dem Gläubiger des Letzteren Bürgschaft, so kann dieser Vertrag eventuell im Konkurse des Dritten, nicht aber von den Gläubigern des gegenwärtigen Cridars angefochten werden.

Lag dieser Bürgschaftsübernahme ein Mandat des Cridars zu Grunde, so kann dieser Vollmachtsvertrag und die darauf gestützte Regreßforderung des Bürgen der Anfechtung aus § 23 Z. 1, 1. Thl. unterliegen. Stieglitz Bem. V. 1 zu § 23 S. 138; Völderndorff l. c. Im übrigen muß als Sicherungsakt auch jede Rechtshandlung anerkannt werden, welche objectiv die Möglichkeit herbeiführt, daß dem Konkursgläubiger durch ihre Vornahme künftig Befriedigung wegen seiner Forderung zu Theil wird. Insbesondere gilt dies von Rechtshandlungen, durch welche ein Konkursgläubiger vom Schuldner etwas auf Credit erwirbt und (ganz abgesehen von einem Compensationsvertrage) in die Lage versetzt wird, gegen die Forderung im Konkurse aufzurechnen. (Anders § 48 Z. 3 der KO.) Hullmann Anm. 15 zu § 23 S. 144.

γ) Zu den Befriedigungsakten ist die Erfüllung von Rechtsverbindlichkeiten jeder Art, vor allem die Zahlung von Geldschulden, aber auch die Uebergabe verkaufter Sachen, die Einräumung des Besitzes an vermietheten Gegenständen u. s. f. zu rechnen.

δ) Die Anfechtung dieser Rechtshandlungen ist zulässig, wenn sie vom Gemeinschuldner in Person, oder für ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrests durch die Vollstreckungsorgane vorgenommen werden. § 15, 2 oben S. 89 flg. Anders liegt der Fall, wenn die Sicherung oder Befriedigung dem Konkursgläubiger durch einen Dritten ohne Veranlassung oder Mitwirkung des Schuldners gewährt wird, z. B. durch einen Bürgen, Expromittenten oder Solidarschuldner. Solche Rechtshandlungen Dritter sind unanfechtbar. Ob wiederum der Dritte aus der Vornahme dieser Akte gegen den Schuldner eine im Konkurse mit Erfolg durchzuführende Forderung erwerbe, richtet sich nach den landesgesetzlichen Grundsätzen über auftragslose Geschäftsführung und wird nach gemeinem und sächsischem Recht zu verneinen sein, l. 43 D. 3, 5 de neg. gestis; Windscheid II. § 430 Note 23; Sächs. Bürgerliches Gesetzbuch §§ 1345, 1352; Stieglitz Bem. IV. 3 S. 138 und VII. S. 145.

4. Die Kenntniß von dem Hervortreten der Konkursmäßigkeit muß dem Anfechtungsgegner zu der Zeit innewohnen, als er das Rechtsgeschäft mit dem Schuldner eingeht oder als ihm die Befriedigung oder Sicherung gewährt wird. Mala fides superveniens begründet auch hier nicht eine Verschuldung.

5. Die dem Geschäftsgenossen des Gemeinschuldners zur Zeit der Rechtshandlung beiwohnende Kenntniß von der erfolgten Zahlungseinstellung des Schuldners liefert nur dann einen Schuldgrund, wenn

binnen sechs Monaten nach der Rechtshandlung der Konkurs zu dem Vermögen des Schuldners auch wirklich eröffnet worden ist, § 26 der Konkursordnung. Um „der Unsicherheit und Lähmung des Verkehrs" entgegenzutreten, fingirt das Gesetz, daß die damalige Zahlungseinstellung in der Zwischenzeit behoben worden sei und mit der gegenwärtigen Konkurseröffnung nicht in Ursachzusammenhange stehe. Es rechnet deshalb die Wissenschaft von dieser Zahlungseinstellung bei Eingehung der sechs Monate zurückliegenden Rechtshandlung nicht zum Vergehen zu. Motiven zu § 26 S. 1425 (Preuß. KO. § 122 Abs. 4). Damit wird nicht die Verjährung eines bereits entstandenen Anfechtungsanspruchs statuirt, sondern die immer erst mit der Konkurseröffnung sich entscheidende Entstehung eines solchen Anspruchs für Fälle verhindert, auf welche die Vorschrift des § 23 an sich anwendbar wäre. Mandry § 38 IV. 1 S. 391.

Ueber die Berechnung der sechsmonatlichen Frist hat das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung getroffen. Es hat dadurch stillschweigend die Anwendung der im modernen Recht für Monatsfristen allgemein üblichen Rechnungsweise von Datum zu Datum, ohne Berücksichtigung des etwa dazwischen fallenden Schalttages gebilligt. Wechselordnung art. 32 Z. 2; Handelsgesetzbuch art. 328 Z. 2; Civilprozeßordnung § 200; Savigny Bd. IV. S. 341—344; Wächter Bd. II. S. 824, 825; Windscheid I. § 103, 2 c. Fehlt das entsprechende Datum in dem sechs Monate zurückliegenden Monate, so ist der letzte Tag dieses Monats derjenige, an welchem zum mindesten die der Anfechtung ausgesetzte Rechtshandlung vorgenommen sein mußte. Bei Eröffnung eines Konkurses am 31. August ist auf Grund des § 26 eine Rechtshandlung unanfechtbar, wenn sie bis zum 27. Februar, im Schaltjahre bis zum 28. Februar vorfiel. Ob der letzte Tag der Frist ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag ist, ist ohne Belang, eine analoge Anwendung der Vorschriften des § 200 Abs. 2 und § 201 der Civilprozeßordnung, welche lediglich prozessualischen Rücksichten entspringen, ausgeschlossen. Völderndorff Anm. b zu § 26 S. 316, 317; Stieglitz Bem. III. zu § 26 S. 162, 163. A. A. Sarwey Anm. 2 zu § 26 S. 158 und 159; nicht schlüssig Petersen Bem. 3 zu § 26 und Note 3 S. 151.

Für die mit der Kenntniß des Konkurseröffnungsantrags gegebene Verschuldung enthält die Konkursordnung nicht die Normirung einer dem § 26 entsprechenden Präclusivfrist, wohl nur aus dem Grunde, weil thatsächlich der Ablauf einer verhältnißmäßig langen Zeit zwischen dem Antrag und der Eröffnung des Verfahrens nicht vorkommen, und die Entschließung des Amtsrichters, ob dem Antrage

Folge zu geben ist oder nicht, auf sechs Monate füglich nicht ausstehen wird. Sarwey Anm. 3 zu § 26 S. 159.

6. Die Ausnahmesätze des § 27 der Konkursordnung, welche die wechselrechtliche Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme von Wechselzahlungen des künftigen Gemeinschuldners für die Schuldart des § 23 der Konkursordnung erheischt, sind schon in § 9 S. 70 flg. dargelegt worden.

Dagegen finden die in § 23 Z. 2 betroffenen Begünstigungsakte und die mit ihrer Behandlung zusammenhängenden eigenthümlichen Vorschriften erst in § 34 Nr. I. Besprechung.

2. Ungerechtfertigte Bereicherung des Anfechtungsgegners.

§ 21.

a) Nach gemeinem Recht.

Macht der Geschäftsgenosse des Gemeinschuldners, welcher von der Fraudationsabsicht desselben keine Kenntniß hat (l. 10 pr. D. h. t. 42, 8: etsi scientia non sit, c. 5 Cod. h. t. 7, 75: scientiae mentione detracta), auf Grund der fraudulosen Rechtshandlung des Schuldners einen Erwerb, so unterliegt seine Bereicherung als ein Haben ohne rechtlich anerkannten Grund der Anfechtung in folgenden Fällen:

1. Der Empfänger erwarb auf Grund einer Schenkung, donatio, des künftigen Gemeinschuldners, l. 6 § 11 D. h. t., c. 3 Cod. h. t. Ob das Rechtsgeschäft, an welches sich die Bereicherung des Empfängers anschließt, eine eigentliche Schenkung sein müsse, oder ob jede Bereicherung ohne die conscientia fraudis anfechtbar sei, welche auf irgend einer „unentgeltlichen Verfügung" des Schuldners beruht und dem Erwerber als ein reiner Gewinn daraus zufließt, ist im gemeinen Recht nicht unbestritten. So rechnen Windscheid II. § 463 bei und in Note 33a und Reinhart S. 125 die durch Einräumung eines Pfandrechts erlangte Sicherung zu den ohne weiteres anfechtbaren Erwerbungen bloß um deswillen, weil der gesicherte Gläubiger nicht den ihm gebührenden Leistungsgegenstand, das suum, sondern einen Vorzug vor den übrigen Gläubigern und mithin einen reinen Gewinn ohne Entgelt erhalte. Meines Erachtens ist die erstere Ansicht die richtige: die Grundlage des den Anfechtungsgegner bereichernden Erwerbes muß eine eigentliche donatio sein. Dafür sprechen nicht nur die am Anfang citirten Stellen, sondern vor allem der Umstand, daß die römischen Quellen einzelne bestimmte Geschäfte, welche nicht eine eigentliche Schenkung darstellen, herausheben und an

ihnen mit Sorgfalt und Geflissenheit entwickeln, daß zur Anfechtbarkeit eines auf Grund derselben gemachten Erwerbes, obwohl er ein reines lucrum sei, conscientia fraudis des Empfängers vorausgesetzt werde.

Wenn ein Gläubiger fraudulos seinem Schuldner und dem für diesen eingetretenen Bürgen die Schuld, bez. die Bürgschaftshaftung erläßt, so macht der Bürge ohne Entgelt einen reinen Gewinn. Dessenungeachtet soll nach l. 25 pr. D. h. t. 42, 8 die Paulianische Klage wider ihn nur Statt haben, wenn er fraudis conscius war. Franke S. 127, 128; Hasenbalg S. 87 flg.

Das Gleiche gilt nach l. 25 § 1 und 2 ib. gegenüber dem Ehemann, welchem sein Schwiegervater oder auch ein extraneus zum Nachtheil seiner Gläubiger eine dos bestellte: cum is — der Ehemann — indotatam uxorem ducturus non fuerit, das ist, weil im Verhältniß zu ihm die dos keine eigentliche Schenkung ist. Hingegen ist wider die dotirte Frau, auch wenn sie fraudis nescia war, die Anfechtung zulässig, weil die Dotation im Verhältniß zu dieser der Schenkung gleichsteht. Huschke S. 38 bei Note 1; Schönemann S. 39, 40; Reinhart S. 110 bei Note 6; Windscheid II. § 463 Note 24. Bestellte die Frau selbst dem Mann die dos, so liegt wiederum eine lucrative Zuwendung, aber um der onera matrimonii willen, deren Tragung der Mann gleichsam als Gegenleistung übernimmt, nicht eine ohne weiteres anfechtbare Schenkung vor, vergl. die bei Windscheid II. § 492 Note 3 citirten Stellen. Dem widerstreitet auch l. 10 § 14 D. h. t. 42, 8 nicht, weil sie — freilich nicht ausdrücklich — anscheinend voraussetzt, daß der durch Schulderlaß dotirte Mann die Absicht der Frau, ihre Gläubiger zu benachtheiligen, gekannt habe.

Ich halte deshalb als Regel fest, daß eine eigentliche Schenkung des künftigen Cridars die Grundlage zu der anfechtbaren Bereicherung des Erwerbers bilden muß. Meischeider S. 62 flg. Ob und inwieweit ein Geschäft Schenkung oder bloße Liberalität oder entgeltlicher Vertrag sei, kann für den einzelnen Fall zweifelhaft sein; so bei Schenkungen sub modo, oder gegen Auferlegung irgend welcher Verbindlichkeiten, z. B. der Alimentation, der Gewährung einer Leibrente, oder umgekehrt bei einem prima facie in der Form des entgeltlichen Vertrags auftretenden sog. pactum mixtum donatione. Immer aber muß die Lösung des Zweifels präjudiciell sein, ob für die Anfechtbarkeit des Geschäftes oder eines als Schenkung anzusehenden Theiles desselben von der conscientia fraudis Abstand genommen werden kann. (Vergl. über den Schenkungsbegriff Savigny Bd. IV. S. 4, 18 flg.; Windscheid II. § 365 flg.; Arndts § 80.) Nur scheinbar steht dieser Ansicht die allgemein

gehaltene Fassung der Worte in l. 6 § 11 D. h. t.: qui liberalitatem acceperunt entgegen, da diese Worte mit dem vorhergehenden Satze, in welchem nur von donatio die Rede ist, unmittelbar zusammenhängen und deshalb gewiß nur auf Beschenkte zu beziehen sind, und in gleicher Weise ist damit die Bezeichnung des Anfechtungsgegners in c. 5 Cod. h. t. 7, 75: qui ex lucrativo titulo possidet mindestens vereinbar.

Allein die Regel hat Ausnahmen. Wir begegnen in den Quellen zwei Mal einer utilis actio Pauliana, welche Platz greift, obwohl weder der Schuldner eine eigentliche Schenkung vornahm, noch der Gegner fraudis conscius war.

Der Erlaß eines Pfandrechts ist keine Schenkung, Savigny Bd. IV. S. 55, und verfällt nach l. 2 und 18 D. h. t. 42, 8 der Anfechtung, ohne daß der begünstigte Pfandschuldner die fraus des erlassenden Gläubigers gekannt zu haben braucht. Huschke S. 37 Note 1.

Die Legirung von Vermögensgegenständen fällt ebenso gewiß nicht unter den Schenkungsbegriff, Savigny Bd. IV. S. 21, 22; doch haften nach l. 6 § 13 D. h. t. die in fraudem creditorum vom Erben befriedigten Legatare ihres guten Glaubens ungeachtet auf die Bereicherung (Huschke S. 36 Note 2 construirt den Fall der l. 6 § 13 als eine eigentliche Schenkung).

Diese Ausnahmen vertragen als solche keine Ausdehnung auf analoge Fälle. Ich zweifle deshalb nicht, daß die Anfechtung der Bestellung eines Pfandrechts für ein vetus creditum nur gegen denjenigen Gläubiger zulässig ist, welcher von der Verkürzungsabsicht des Verpfänders Kenntniß hatte, selbst wenn der Gläubiger keinerlei Entgelt entrichtete. Denn er erfährt zwar durch die Sicherung eine Liberalität, aber (Savigny Bd. IV. S. 55) beschenkt wird er nicht, l. 1 § 19 D. si quid in fraud. patroni 38, 5; Franke S. 259 flg.; Vangerow Bd. III. § 697 IV; Sintenis Bd. II. § 124 A, II, 6 bei Note 27—31; Schey S. 145; A. A. Windscheid Bd. II. § 463 bei und in Note 33a; Reinhart S. 125; Dabelow S. 437; außerdem Schweppe § 82 a und Hasenbalg S. 80—93, welche die conscientia fraudis des gesicherten Gläubigers dann nicht erfordern wollen, wenn er für die Pfandeinräumung kein Aequivalent leistet, insbesondere auch nicht wegen Bezahlung der fälligen Hauptschuld Gestundung giebt, und Schönemann S. 31, 32, welcher die Frage unter Ablehnung einer principiellen Beantwortung nach der Lage des concreten Falls gelöst wissen will. Wegen der in

der Rechtssprechung vertretenen Meinungen kann auf die umfassende Zusammenstellung Fischer's S. 71, 72 in Verbindung mit Seuffert's Archiv Bd. XXXIII. Nr. 355 verwiesen werden.

Nicht minder sind Hingabe an Zahlungsstatt, Zahlung einer nicht fälligen Schuld (Seuffert's Archiv Bd. IV. Nr. 276, 1828, Oberappellationsgericht Lübeck, entgegen Bd. IV. Nr. 274, 1847, Oberappellationsgericht Dresden), Tilgung einer bedingten oder einer naturalen Schuld aus dem Schenkungsgebiete auszuscheiden und ausnahmslos nur anfechtbar, wenn der Empfänger um die Benachtheiligungsabsicht des Schuldners wußte. Franke S. 263—265; Laspeyres S. 71 flg.; Vangerow III. § 697 V; Schey S. 146; Seuffert's Archiv Bd. XXXIII. Nr. 356, 1877, Obertribunal Berlin (alle nur rücksichtlich der datio in solutum). A. A. Windscheid II. § 463 bei Note 33a und für die Zahlung der nicht fälligen Schuld (in Anlehnung an die Gratificationstheorie), Oberappellationsgericht Dresden (1847) in Seuffert's Archiv Bd. IV. Nr. 275.

2. Wenn der Fraudator mit einem Geschlechtsunreifen, Pupillen eine benachtheiligende Rechtshandlung eingeht, so ist nach der Auffassung des römischen Rechts entgegen den sonst über den Eintritt der Delictsfähigkeit befolgten Grundsätzen (Windscheid I. § 107 Note 14) der Pupill propter ignorantiam, quae per aetatem contingit, unfähig, des durch die Pauliana actio getroffenen Vergehens sich schuldig zu machen. Nichtsdestoweniger steht den Gläubigern nach römischem Recht gegen den Pupill, er mag für oder ohne Entgelt erworben haben, Brinz § 123 S. 532, ein Anfechtungsrecht wegen der noch bei ihm vorhandenen Bereicherung zu, l. 6 § 10 D. h. t. 42, 8; Huschke S. 36 bei Note 1. Für das gemeine Recht haben sich diese Sätze zum Theil schon dadurch erledigt, daß der Pupill, soweit er ein Entgelt gewährt, sich nur mit Zustimmung seines Vormunds verpflichten kann und das Geschäft ohne solche heilbar nichtig ist, während eine Schenkung an den Pupill schon ohnehin als solche der Anfechtung unterliegt. Wie aber Jeder, der durch einen mit conscientia fraudis behafteten Stellvertreter erwirbt, nicht mehr wie nach römischem Recht bloß auf seine Bereicherung haftet, l. 10 § 5, l. 6 § 12 D. h. t. 42, 8, ergiebt sich aus den in § 19 S. 110 oben entwickelten Grundsätzen. Anderer Ansicht scheinen auch noch für das gemeine Recht zu sein Sintenis Bd. II. § 124 A, II, 6 bei Note 33; Schönemann S. 38 bei Note 9; Huschke S. 37 und 38; Appellationsgericht Celle in Seuffert's Archiv Bd. XXV. Nr. 93, 1870.

Es ist bisher nur von der Rückziehung der Bereicherung die Rede

gewesen, soweit sie gegen den unmittelbaren Geschäftsgenossen des künftigen Gemeinschuldners Platz greift. Die für den Fall zu 1 aufgetauchte Meinung, daß ein Dritter auf seine Bereicherung hafte, welcher von dem durch den Schuldner Beschenkten mit dessen Erwerb wieder beschenkt wurde, läßt sich weder aus l. 6 §§ 11, 13; l. 25 pr. D. h. t. 42, 8; c. 5 Cod. 7, 75 h. t., vergl. Motiven zu § 33 der Deutschen Konkursordnung S. 1431 in Note 3, noch aus l. 10 § 25 und 24 D. h. t. rechtfertigen, welche Reinhart S. 137, 138 unter 2 dafür anzieht. Fuchs § 10 IV. S. 56 in und bei Note 24. A. A. Meischeider S. 98, 99. Dagegen entspricht es der ratio der gegen den unmittelbar Beschenkten statthaften Anfechtung (vergl. § 1, B S. 12 flg.) und der Analogie der in l. 4 §§ 29—31 Dig. 44, 4 de doli mali et metus exceptione (vergl. S. 13) enthaltenen Rechtssätze, daß die Anfechtung auf die Bereicherung auch gegen denjenigen zugelassen wird, welcher von dem mit conscientia fraudis behafteten ersten Erwerber um dessen Erwerb durch eine Schenkung oder ein derselben gleichstehendes Geschäft (vergl. Z. 1) bereichert wurde. W. Francke, Archiv für civil. Praxis Bd. LXII. S. 482 flg.

§ 22.

b) Nach Sächsischem Recht.

Das Sächsische Recht ist über die in § 21 dargelegten gemeinrechtlichen Grundsätze in mehreren Stücken hinausgegangen.

1. Aus dem geschärften Mandat wider die Banqueroutiers vom 20. December 1766 gehört hierher die Bestimmung des § 15, wonach alle Schenkungen, so zwischen einem Ehemann, dessen Vermögen nachher in Konkurs geräth, und seinem Eheweibe — gemeint waren nur die vom Manne an seine Ehefrau gemachten Schenkungen, Schmidt, Vorlesungen Bd. II. S. 58, II a — während der Ehe vorgegangen, null und nichtig sein sollen.

Ich halte diese Vorschrift für aufgehoben seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das Letztere giebt in §§ 1509—1518 ein systematisches Ganzes über die Anfechtbarkeit von Veräußerungen eines insolventen Schuldners. Seine Vorschriften sind insoweit eine vollständige und meines Erachtens vollständig sein wollende Wiedergabe der Rechtsnormen, welche vordem zu Gunsten der Konkursgläubiger bestanden und als eine Folge des sog. imminenten Konkurses und daher als ein Theil des materiellen Konkursrechts betrachtet zu werden pflegten. Dem gegenüber läßt sich für die fortdauernde Geltung des § 15 neben dem Gesetzbuche nicht auf die Verordnung, die Pu-

blication des Bürgerlichen Gesetzbuchs betr. vom 2. Januar 1863 in § 3 Nr. 7 Bezug nehmen, der zufolge neben dem Gesetzbuche das Konkursrecht — gewiß auch das materielle, aber nur nicht das vom Gesetzbuche selbst in seinen Rahmen gezogene — in Kraft bleiben sollte. A. A. Schmidt, Vorlesungen Bd. II. § 153 II. S. 58 flg.; Siebenhaar, Commentar zu § 1509; Wengler, Konkurs § 43 S. 215 flg., Oberappellationsgericht Dresden in Wengler's Archiv Bd. II. S. 686, 687 (früher zweifelnd in Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. XXXIII. S. 161 flg. identisch mit Annalen, N. F. Bd. VII. S. 174).

2. Nach § 1513, 2. Satz und § 1517 des Bürgerlichen Gesetzbuchs haftet der Geschäftsgenosse des Gemeinschuldners ohne die Voraussetzung seiner Bekanntschaft mit der Benachtheiligungsabsicht des Schuldners, soweit er bereichert ist, wenn er den Gegenstand der Veräußerung unentgeltlich erhielt, wenn die Veräußerung eine unentgeltliche war. Das Geschäft, aus welchem seine Bereicherung sich ableitet, braucht deshalb nicht eine eigentliche Schenkung, selbst nicht in der weiteren Auffassung dieses Begriffes zu sein, welche in § 1049 flg. des Gesetzbuchs zu Grunde gelegt wird. Es genügt jede bloße Unentgeltlichkeit einer Zuwendung, sie beruhe auf Vertrag oder nicht, §§ 1054, 1059 des Gesetzbuchs, sie geschehe aus Freigebigkeit mit der primären Absicht der Bereicherung des Bedachten oder nicht (Windscheid II. § 365 Note 4). Es gehören deshalb hierher auch die Geschäfte, welche das gemeine Recht von dem Gebiete der donatio und folgeweise der Anfechtung um der bloßen Bereicherung des Anfechtungsgegners willen mit Sorgfalt ausgeschieden hatte, S. 124, so, wenn der Gemeinschuldner einen Bürgen ohne Gegenleistung der Bürgschaftspflicht entläßt, eine Ausstattung bestellt, einen Schulderlaß bewirkt, auf ein Pfandrecht Verzicht leistet, im Wege des Vergleichs einen Theil einer Forderung fallen läßt, und auch — insoweit gestehe ich der Argumentation Windscheid's II. § 463 in und bei Note 33 für das Sächsische Gesetzbuch Berechtigung zu — wenn er eine früher eingegangene Schuld durch Einräumung eines Pfandrechts oder sonst sicherstellt. Vergl. auch spec. Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch S. 842 Nr. 3.

Dagegen sind bloße Zahlungen, auch solche von nicht fälligen oder von bedingten Schulden, und die Hingabe an Zahlungsstatt (vergl. für die letztere Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XIV. S. 280, 281) den unentgeltlichen Veräußerungen nicht zuzuzählen, da das Aufgeben der getilgten, bez. eventuellen oder betagten Forderung als Entgelt entgegensteht. Mit Unrecht wird daher in einem neuerdings

zur Entscheidung gelangten Rechtsfalle (Wengler's Archiv V. S. 481 flg.) die Vorauszahlung von erst in Zukunft und nach der Konkurseröffnung fälligen Vertragszinsen als unentgeltliche Veräußerung im Sinne des § 1513 behandelt.*)

*) Das Appellationsgericht Zwickau hat bei seiner Entscheidung (S. 483) angenommen, daß die Vorschrift in § 1512 Abs. 1 auf diesen Fall sich überhaupt nicht anwenden lasse. Dieselbe habe nur die Zahlung einer Schuld — das sei einer Kapitalschuld im Gegensatze zu einer bloßen Zinsen-Nebenschuld — vor ihrer Verfallzeit im Auge; von der Kürzung eines Zwischenzinses von einer Zinsenschuld könne nach der Fassung der §§ 719, 720 des Gesetzbuches nicht die Rede sein. Das ist nicht richtig. Die Worte: „In der Zahlung einer Schuld vor ihrer Verfallzeit" lassen sich sprachlich auf jede Art von Schulden, Haupt- wie Nebenschulden beziehen. Auch die Tilgung einer Zinsenschuld vor der Verfallzeit ist deshalb eine Veräußerung nach Maßgabe des § 1510. Sie ist es aber zufolge § 1512, 1 nicht im ganzen Umfange, sondern nur rücksichtlich des Zwischenzinses auf die Zeit vor der Zahlung bis zum Verfalltage. Nicht als ob deswegen Zinsen von den vorausgezahlten Zinsen statthaft wären und die letzteren die Natur eines Kapitals annehmen müßten; bloß berechnungsweise wird damit das Maß begrenzt, in welchem die Anfechtung zugelassen ist, und zwar dahin, daß der zu früh gezahlte Betrag um den sich nach § 720 berechnenden Zwischenzins zu kürzen ist. Diese Kürzung ist offenbar bei jeder unverzinslichen Schuld, mithin auch bei einer Zinsenschuld, wohl ausführbar. Von dem Königl. Oberappellationsgericht Dresden wird dieses Argument mit Stillschweigen übergangen.

Es stimmen sodann aber die beiden gedachten Spruchbehörden (S. 483 und 484) darin überein, daß dem Empfänger ein Forderungsrecht auf die künftigen Zinsen überhaupt nicht zustehe, wie das Oberappellationsgericht unter Bezugnahme auf § 673 des Gesetzbuchs ergänzend bemerkt, weil dem Schuldner die für die Entstehung des Zinsenanspruchs in der Regel präjudicielle Gewährung der Benutzung des Darlehnskapitales nicht vorgeleistet sei. Auch das ist nicht zutreffend. Haben Gläubiger und Schuldner die Verzinsung vereinbart, so steht ersterem allerdings schon von dem Zeitpunkte der Vereinbarung ab ein Anspruch auf die Zinsen zu, nur die Fälligkeit des Anspruchs ist suspendirt, die künftige Vorleistung nur conditio legalis, nicht eigentliche Bedingung der Entstehung des Anspruchs überhaupt. So charakterisirt sich wiederum die Vorauszahlung der Zinsen nur als die Leistung einer betagten Schuld vor Eintritt des dies. Das Oberappellationsgericht modificirt indeß unmittelbar anschließend (S. 484 und 485 oben) in diesem Sinne die ebengedachte Meinung und will das Aufgeben des betagten Zinsenanspruchs als Entgelt gegen die Vorauszahlung gelten lassen. Ausschlaggebend sei aber, daß die Vorauszahlung der Zinsen „der Gläubigerschaft gegenüber" sich als eine unentgeltliche darstelle, weil im sächsischen Konkurse den chirographarischen Gläubigern thatsächlich Zinsen nicht gewährt würden. Auch dieser Grund vermag nicht zu überzeugen. Einmal dürfen für die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer Veräußerung deren Wirkungen für die Gläubiger des Veräußerers gar nicht in Betracht gezogen werden. Ein Geschäft ist entgeltlich oder unentgeltlich nur zwischen den Parteien, welche es abschließen,

3. Sodann soll über den Fall der l. 6 § 10 D. h. t. 42, 8 S. 126 hinaus auf die Mitwissenschaft des Empfängers von der Verkürzungsabsicht des Schuldners nichts ankommen, wenn der Empfänger handlungsunfähig oder in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt war, § 1513, 2, nach den spec. Motiven zum Gesetzbuche S. 842 Nr. 3 aus dem Grunde, weil „diese Personen nothwendig ignorantes sind und daher vom Schuldner leicht zum Schaden der Gläubiger gemißbraucht werden könnten, wenn es auf ihre Wissenschaft ankäme." In § 1517 wird hinzugefügt, daß ein solcher Empfänger der schuldnerischen Leistung den Gläubigern, soweit er bereichert ist, haften soll. Was indeß den Erwerb eines Handlungsunfähigen anlangt, so stehen diese Vorschriften im offenbarsten Widerspruche mit §§ 786, 81, 103 des Gesetzbuches. Denn sein Erwerb, sein ganzes Handeln ist rechtlich nicht vorhanden, ist unheilbar nichtig; den Gläubigern muß daher freistehen, die aus dem Vermögen des Schuldners mit rechtlicher Wirksamkeit gar nicht ausgeschiedenen Rechte unmittelbar gegen jeden Dritten wie gegen den Handlungsunfähigen selbst geltend zu machen, ohne daß es einer Anfechtung der nur zum Scheine entgegenstehenden Handlung bedarf. Von dem Erwerbe beschränkt handlungsfähiger Personen, z. B. der Ehefrau, des dem Kindesalter entwachsenen Minderjährigen, gilt dasselbe, sofern der Erwerb gegen Entgelt und mithin unter Uebernahme einer Verpflichtung erfolgte. § 787 des Gesetzbuchs. Erwarben dieselben aber unentgeltlich und gereichte die Veräußerung nur zu ihren

---

je nachdem jeder Theil dem anderen an Stelle der empfangenen Leistung eine Gegenleistung gewährt. Deshalb ist die Zahlung einer Schuld niemals eine unentgeltliche Verfügung. Sodann muß für die Frage, wie weit die Zahlung einer betagten Schuld anfechtbar sei, ohne jeden Einfluß der Umstand sein, ob die getilgte Forderung im Konkurse locirt worden wäre oder nicht. Der § 1512, 1 beschränkt ihre Anfechtung ein für alle Mal auf den Zwischenzins. Gerade hierin zeigt sich die principielle Unrichtigkeit dieser Beschränkung gegenüber dem folgerichtigen Gedanken des gemeinen Rechts, welches die Anfechtung der Zahlung der nicht fälligen Schuld in dem Maße zuließ, wie es das Interesse der Gläubiger im concreten Falle erforderte, hier also nach dem ganzen Betrage der vorzeitigen Zahlung, vergl. § 10 S. 75.

In dem fraglichen Rechtsfalle wäre deshalb die Anfechtung so wie sonst die der vorzeitigen Zahlung der betagten Schuld nur unter der Voraussetzung der conscientia fraudis des Zahlungsempfängers, und auch dann nur bis zum Betrage des Zwischenzinses statthaft gewesen. Dahin gestellt bleiben mag, ob den Gläubigern nicht auf Grund der §§ 1534 flg. des Gesetzbuchs ein Anspruch auf volle Rückforderung derjenigen Zinsen zuzusprechen ist, welche auf die Zeit nach der erfolgten konkursmäßigen Befriedigung des Darlehensgebers im voraus gezahlt sind.

Gunsten, so haften sie wie jeder Andere um der Unentgeltlichkeit ihres Erwerbes willen auf ihre Bereicherung, und nur soviel dürfte aus § 1517 abzuleiten sein, daß sie auch dann nur bis zum Betrage ihrer Bereicherung haftbar werden, wenn sich mit ihrem unentgeltlichen Erwerbe ihrerseits die conscientia fraudis verband. Diese Einschränkung ist gewiß unzweckmäßig und vom Gesetzgeber, der nach den Motiven eine Erweiterung des Anfechtungsrechts im Auge hatte, gar nicht beabsichtigt; es hätte daher der besonderen Hervorhebung des Erwerbes der gedachten beiden Kategorien von Personen, welche höchstens zu Irrthümern Anlaß geben kann, überhaupt nicht bedurft.

4. Die Tragweite, welche in § 21 a. E. S. 127 der Analogie der l. 4 §§ 29—31 Dig. 44, 4 de doli mali et metus exceptione für die Anfechtbarkeit eines Erwerbes gegeben wurde, den ein Dritter unentgeltlich von dem fraudis conscius erhält, hat in verallgemeinerter Anwendung die ausdrückliche Bestätigung des Gesetzbuchs gefunden. Nach § 778, 3. Satz des Gesetzbuchs können die verletzten Gläubiger jeden Dritten auf seine Bereicherung belangen, der von dem Urheber einer unerlaubten Handlung, also auch von dem auf Grund des § 1513, 1 oder 1518 haftenden Erwerber des vom Schuldner veräußerten Gegenstandes einen Gewinn aus diesem Erwerbe unentgeltlich erhalten hat.

§ 23.

c) Nach der Deutschen Konkursordnung.

Die Deutsche Konkursordnung läßt nicht nur die Anforderung einer Verschuldung des Anfechtungsgegners, sondern auch — hierin von dem gemeinen und sächsischen Recht principiell abweichend, § 3 Nr. 2 S. 24 flg. — das Erforderniß der fraudulosen Absicht des künftigen Cridars fallen, wenn dieser in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses unentgeltliche Verfügungen vornahm, § 25 der Konkursordnung.

1. Diese Ausdrucksweise umfaßt ihrem Wortlaute nach denselben beträchtlichen Kreis von Rechtshandlungen wie der sächsische Begriff der unentgeltlichen Veräußerung (§ 1513, 2 BGB.). Jede Leistung, für welche der Empfänger keinerlei Entgelt entrichtet, z. B. Gefälligkeitsdienste, Gebrauchsleihe, Verwahrung hinterlegter Sachen u. s. w. könnte darunter verstanden werden. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit dem Gebrauche jener Worte das hat sagen wollen, was er in Wahrheit sagt. Man vergegenwärtige sich, daß der § 102 Z. 2 und § 103 Z. 3 der Preußischen Konkursordnung

von „freigebigen Verfügungen" sprach, und diese Fassung in § 30 des I. Entwurfes in: „Verfügungen des Gemeinschuldners, welche er unentgeltlich — vorgenommen hat", und daraus in die Worte des jetzigen Textes abgeändert worden ist. Aus den Motiven läßt sich ein Grund zu diesen Aenderungen nicht erkennen. Vielleicht ist die in der Hauptquelle der jetzigen Konkursordnung gebrauchte Wendung: „freigebige Verfügungen" von dem I. Entwurfe nur deshalb aufgegeben worden, weil die Eigenschaft der Verfügungen in einem Relativsatz: „welche er vorgenommen hat" ausgedrückt war, und damit die Beibehaltung des Wortes „freigebig" sprachlich nicht passend erschien, während im schließlichen Gesetz bei Zusammenziehung dieses Relativsatzes das in den I. Entwurf einmal hineingekommene Wort: „unentgeltlich" statt des bezeichnenden: „freigebig" absichtslos beibehalten wurde. (Anders Sarwey Anm. 3 Z. 3 zu § 25 S. 151.) Jedenfalls brauchen die Motiven zur Konkursordnung als gleichbedeutend mit: „unentgeltliche Verfügungen" die Wendungen: „freigebige Rechtshandlungen, freigebige Verfügungen, Freigebigkeiten, Schenkungen," S. 1412, 1422 flg. Ich lege deshalb: unentgeltliche Verfügungen im Sinne von „Freigebigkeiten" aus und verstehe darunter Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nicht nur ohne Erlangung eines für seine Leistung gewährten Entgelts, sondern auch in der primären Absicht der Bereicherung des Empfängers der Leistung, d. i. ex liberalitate, aus Freigebigkeit vornahm. Ausgeschlossen sind deshalb Leistungen, welche, obwohl unentgeltlich, nicht in der Absicht, um den Empfänger zu bereichern, erfolgten, sondern aus anderem Bestimmungsgrunde, z. B. zur Erfüllung einer (vertragsmäßigen, testamentarischen, gesetzlichen) Verbindlichkeit (Gewährung einer dem Vermögen des Verpflichteten entsprechenden Ausstattung, Leistung condicionis implendae gratia) u. s. f. Windscheid II. § 365 Not. 4.

Zu eng dagegen ist die Auslegung, zu welcher man auf Grund der Motiven zu § 25 gelangen würde. Dieselben lehren S. 1424, es müsse dem einschlagenden bürgerlichen Recht überlassen bleiben, was als Schenkung zu behandeln sei. Sie meinen also, die Worte des Gesetztextes: unentgeltliche Verfügungen sollten nicht aus sich selbst und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes erklärt, sondern in dem Sinne gedeutet werden, welchen das einschlagende bürgerliche Recht dem Schenkungsbegriffe zu Grunde lege. Diese Auffassung steht mit den allgemeinen Regeln über Gesetzesinterpretation in Widerspruch. Eine Verweisung auf das Landesrecht und dessen Rechtsbildungen ist unvereinbar damit, daß eine vernünftige Erklärung des Gesetzes aus

dessen Fassung und Geschichte zu gewinnen ist. Insbesondere erfordert nach gemeinem Recht der Schenkungsbegriff eine der Vermögenszuwendung entsprechende Vermögensaufopferung des Gebers. Windscheid II § 365 bei Not. 6.; Arndts § 80 bei Not. d.; Savigny Bd. IV. S. 23 flg. Für das Vorhandensein der unentgeltlichen Verfügung im Sinne des § 25 bedarf es dieser Voraussetzung niemals. Vor allem ist aber eine solche Verfügung auch dann anzunehmen, wenn der Empfänger der Leistung dadurch keine eigentliche Vermehrung des Vermögens im Sinne des gemeinen Rechts erfuhr, wohl aber einen Vermögensvortheil irgend welcher Art erlangt. So, wenn der Schuldner für eine fremde Schuld unentgeltlich Bürgschaft leistet oder Pfandrecht einräumt, seine eigene Schuld durch Verpfändung sichert, eine ihm bestellte Sicherheit verzichtend aufgiebt (Windscheid II. § 365 Not. 3), oder aus Liberalität Leistungen bewirkt, durch welche einem Anderen Ausgaben erspart werden. (Windscheid l. c. bei Not. 14.) Wechselseitige unentgeltliche Zuwendungen fallen nicht unter § 25, soweit in der Austauschung der Leistungen das Moment der Entgeltlichkeit, der wechselseitigen Gegenleistung, zu befinden ist. Daß Geschäfte zum Theil unentgeltliche, zum andern Theil entgeltliche Verfügungen sein können, bedarf nur der Erwähnung (Schenkungen sub modo u. s. w.); sie unterstehen dem § 25 nur bis zu dem Maße, in welchem die eine der correspondirenden Leistungen eine unentgeltliche ist (Völderndorff I. S. 305; Hartmann Anf.-Ges. S. 50), nicht ihrem ganzen Bestande nach, wie nach § 102 Z. 2 der Preuß. KO (Koch, Komm. Note 20 zu § 102 S. 115; Meischeider S. 66.)

Richtig Petersen Bem. I. 3 zu § 25 S. 144, 145, anscheinend auch Hullmann Anm. 1 zu § 25 S. 147 („Hauptsächlich gehören hierher die Schenkungen"). Schief Völderndorff Anm. c II zu § 25 S. 304 flg. Den Motiven folgen Sarwey Anm. 3 zu § 25 S. 150 flg.; Stieglitz Bem. II zu § 25 S. 154 flg.; Wengler Anm. 4 zu § 25 S. 223; Wilmowski Anm. 3 zu § 25 S. 117. Zweifelnd Mandry S. 383 Not. 17.

Die von den Motiven S. 1424 aufgeworfene Frage, ob Entsagungen von erbschaftlichen Zuwendungen unter die unentgeltlichen Verfügungen des § 25 fallen, beantwortet sich hiernach und in Verbindung mit der in § 5 gegebenen Untersuchung, welche von diesen Verzichten überhaupt der Anfechtbarkeit unterworfen sind, für das gemeine Recht dahin, daß der Verzicht auf die hereditas seiten des voluntarius heres unanfechtbar ist, während die Abstinenz des suus heres und die Ausschlagung von Legat und Universalfideicommiß

unentgeltliche Verfügungen darstellen können./ Nach sächsischem Recht bleibt die Ausschlagung der bloß angebotnen Erbschaft unanfechtbar; wird sie „zu Gunsten eines Anderen" erklärt, so kann darin der Wille der Antretung der Erbschaft und deren gleichzeitige Uebertragung auf den Anderen ausgedrückt, der ganze Akt deswegen unentgeltliche Verfügung sein (vergl. Siebenhaar, Kommentar zu § 1051 des Sächs. BGB.); dagegen ist der Verzicht auf ein mit dem Tode des Erblassers erworbenes Vermächtniß oder Anwartschaft den unentgeltlichen Verfügungen unterzuordnen.

2. Die Konkursordnung nimmt als unanfechtbare Freigebigkeiten nur diejenigen aus, welche gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande haben. Sie „sind nicht dazu bestimmt, den Beschenkten zu bereichern, sondern ihm ein Zeichen der Zuneigung zu geben" (Motiven S. 1424). Der Werth des gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenks ist einer absoluten gesetzlichen Grenze nicht unterworfen; die Bestimmung des I. Entwurfes § 30, welcher nur Gelegenheitsgeschenke „von geringem Betrage" unangreifbar ließ, ist nicht in die Konkursordnung übergegangen. Ob ein Gelegenheitsgeschenk daher als gebräuchliches und übliches anzusehen ist, richtet sich nach den im Verkehre (vielleicht nur an bestimmten Orten und in beschränkten Kreisen) hergebrachten Sitten, nach dem Stande und den Vermögensverhältnissen des Schenkers und des Beschenkten, nach dem Werthe und dem Objecte der Schenkung, und nach dem Anlasse, an welchen sie sich zeitlich anknüpft. Im allgemeinen läßt es sich als ein Geschenk bezeichnen, welches der anständige Durchschnittsphilister in gleicher Lage auch gewährt hätte. Zutreffende Beispiele bringt Völderndorff Anm. d. zu § 25 S. 307, 308 und Not. 16 und 23. Vergeltende (remuneratorische) Schenkungen können unter die gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke fallen, soweit der Anlaß der Vergeltung und des Dankes im Verkehre als ein zur Anknüpfung eines Geschenkes üblicher gelten kann. Wenn sonst eine Schenkung dem Motive der Dankbarkeit entspringt, selbst wenn sie für eine Lebensrettung gegeben, und auch wegen Undanks des Beschenkten nicht widerruflich wäre, § 1064 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ist sie der Anfechtung aus § 25 der Konkursordnung nicht entzogen.

3. Die Anfechtbarkeit von unentgeltlichen Verfügungen ist, wie schon aus dem S. 26, 27 Gesagten erhellt, in dem Falle ohne Bedeutung, wenn und soweit Schenkungen wegen Mangels der Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form (Insinuation nach gemeinem Recht, Windscheid II. § 367 Z. 2, nach sächsischem Recht [§ 1056] gericht-

liche Bestätigung oder Insinuation) als nichtige dahinfallen. Der Konkursverwalter vindicirt, bez. condicirt alsdann den Gegenstand der Schenkung unter Ignorirung des nichtigen Geschäftes. Stieglitz Bem. II. 2 zu § 25 S. 155.

4. Unentgeltliche Verfügungen unterliegen der Anfechtung aus § 25 der Konkursordnung nur, wenn sie innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurden. Zur Anfechtbarkeit von Freigebigkeiten, welche von diesem Zeitraume nicht umfaßt werden, muß der volle delictische Thatbestand des § 24 der Konkursordnung verwirklicht sein. Denn die Anwendbarkeit des § 23 Z. 1, erster Theil wäre, soweit die Schuld des Gegners in der Kenntniß der Zahlungseinstellung des Schuldners bestehen könnte, durch § 26 der Konkursordnung ausgeschlossen, während die in der Bekanntschaft mit dem Konkurseröffnungsantrage gegebene Verschuldung aus § 23 thatsächlich kaum denkbar ist, weil der Antrag innerhalb Jahresfrist zuversichtlich zur Erledigung gebracht ist. Wegen der Berechnung der Jahresfrist vergl. § 34 II. 3.

5. Für die zu Gunsten eines Ehegatten getroffenen unentgeltlichen Verfügungen erweitert die Konkursordnung in § 25 Z. 2 jenen zeitlichen Rahmen (Nr. 4) auf die letzten zwei Jahre vor der Konkurseröffnung. Für Sachsen ist diese Bestimmung bei der regelmäßigen Nichtigkeit der Schenkungen unter Ehegatten (§ 1647 BGB.) nur von Bedeutung, wenn der schenkende Ehegatte während der Ehe gestorben ist, ohne die Schenkung durch eine dem Beschenkten gegenüber abgegebene Erklärung widerrufen zu haben. Sarwey Anm. 5 zu § 25 S. 154.

Unter den Interpreten der Konkursordnung ist bestritten, ob gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zwischen Ehegatten auch der Anfechtung entrückt sind. Bei dergleichen Schenkungen unter Ehegatten schlägt zwar der nämliche Grund ein, welcher den Gesetzgeber zu der in Ziffer 1 des § 25 nachgelassenen Ausnahme bewogen hat: sie sind nicht zur Bereicherung des Beschenkten, sondern zum Ausdrucke der Zuneigung des Schenkers bestimmt. Gleichwohl enthält § 25 Z. 2 gegenüber dem gesammten Inhalte der Ziffer 1 eine Ausnahmevorschrift, bei deren Auslegung die allgemeinere Ausnahme in Ziffer 1 bezüglich der gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke mangels ausdrücklicher Wiederholung nicht berücksichtigt werden kann. Ich nehme deshalb nach der Fassung des Gesetzes an, daß übliche Gelegenheitsgeschenke zwischen Ehegatten der Anfechtung haben ausgesetzt bleiben sollen. Sarwey Anm. 5 a. E. zu § 25 S. 155; Völderndorff Anm. e III zu § 25 S. 309; A. A. Fuchs § 9 letzt. Abs. S. 53; Mandry § 38 I. 3 b

S. 384 oben; Wengler Anm. 4 zu § 25 Z. 2 S. 226; Stieglitz Bem. IV zu § 25 S. 157; Hartmann, Reichs-Anf.-Ges. Bem. 28 zu § 3. In Sachsen sind daher solche Geschenke nach § 1647 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zwar der Nichtigkeit enthoben, aber der Anfechtung aus § 25 Z. 2 der Konkursordnung unterworfen.

6. Einige Rechtshandlungen des Schuldners zu Gunsten seiner Ehefrau werden, obwohl sie keine Schenkungen sind, von der Konkursordnung § 25 Z. 2 (Preuß. KO. § 103 Z. 4) hinsichtlich der Anfechtbarkeit den unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten des Ehegatten gleichgestellt. Das sind die in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung eingegangenen Geschäfte des Ehemanns, welche die Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau betreffen, sofern der künftige Gemeinschuldner nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen mindestens im dritten Jahre vor der Konkurseröffnung geschlossenen Vertrag verpflichtet war. Die Sicherstellung oder Rückgewähr des Heirathsguts oder des gesetzlich (nicht bloß durch freiwillige Ueberlassung der Ehefrau vergl. dagegen Preuß. KO. § 103 Nr. 4) in die Verwaltung (nicht nothwendig zugleich in den Nießbrauch) des Schuldners gelangten Vermögens seiner Ehefrau oder deren Rechtsnachfolger würde die Einräumung eines Vorzugs- und Aussonderungsrechts vor den übrigen Gläubigern involviren. Dem tritt die Konkursordnung entgegen. Motiven zu § 25 S. 1424. Die Ehefrau soll im Konkurse des Ehemannes auf das ihr durch § 37 der Konkursordnung verstattete Vindicationsrecht beschränkt bleiben.

Für Sachsen ist die Unterscheidung von Heirathsgut und von eheweiblichem Vermögen, welches von Gesetzeswegen in die Verwaltung des Mannes kommen soll, ohne Bedeutung, weil dem Ehemann zufolge § 1655 flg. des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Regel am gesammten Vermögen der Ehefrau das Recht des Nießbrauches und der Verwaltung zusteht. Würde eine Ehefrau ihr vorbehaltenes Vermögen im Sinne der §§ 1693, 1694 des Gesetzbuchs der Verwaltung ihres Mannes überlassen, so kann § 25 Z. 2 der Konkursordnung nicht Anwendung finden, weil solches Vermögen nicht gesetzlich in die Verwaltung des Mannes zu kommen hat*). Im übrigen braucht die Rückgewähr nicht in der nämlichen Form zu geschehen, in welcher das eheweibliche Vermögen dem Manne eingebracht wurde. Es würde

*) Ueber bayerisches Eherecht vergl. Völderndorff Anm. g zu § 25 S. 311, 312, über württembergisches Stieglitz Bem. V. 1—3 S. 158 flg.

z. B. eine Rückgewähr sein, wenn ein Ehemann an Stelle eines baaren Einbringens von 3000 ℳ beim Verkauf seines Grundstücks von den Kaufgeldern 3000 ℳ seiner Frau zuwiese und ihr dafür Hypothek ausbedänge.

Giebt das einschlagende bürgerliche Recht, z. B. §§ 1684, 390 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs der Ehefrau einen Anspruch auf Sicherstellung oder Rückgewähr ihres Vermögens, so sind diese Akte nur auf Grund der §§ 23 oder 24 der Konkursordnung anfechtbar.

Der Wortlaut des § 25 Z. 2, 2. Satz macht sodann die Anfechtbarkeit der Rückgewähr oder Sicherstellung des Heirathsgutes der Ehefrau nicht davon abhängig, daß beide an die Ehefrau selbst geleistet werden. Ist doch in dem 2. Satz die Hinzufügung der im 1. Satze enthaltenen Worte: „zu Gunsten seines Ehegatten" nicht wiederholt. Die Anfechtung jener Handlungen greift daher gegen jeden Dritten Platz, an welchen unmittelbar von dem Ehemanne die Rückgewähr oder Sicherstellung bewirkt wurde. Nur wird von einer Rückgewähr oder Sicherstellung des Heirathsguts an einen Dritten kaum die Rede sein können, wenn nicht die Ehefrau ihr Einverständniß oder ihre Mitwirkung dazu concurriren läßt. Es würde anderenfalls eine Veruntreuung, Verschleuderung u. s. w. der dos vorliegen.

Bezüglich der Rechtsnachfolger der Ehefrau insbesondere läßt sich hierbei unterscheiden:

a) Die Anfechtung ist zweifellos gegen die Erben der Ehefrau zulässig, wenn das Heirathsgut dieser selbst vor ihrem Tode zurückgegeben oder gesichert wurde. Das folgt aus § 33 Abs. 1 der Konkursordnung. Finden die Akte erst nach dem Tode der Ehefrau unmittelbar an deren Universalnachfolger statt, so ist § 25 Z. 2 außer Anwendung, weil der Schuldner durch das Ableben der Ehegattin zur Rückgewähr dem Gesetze zufolge verpflichtet worden ist.

b) Ebenso steht außer Zweifel, daß die Anfechtung nicht auf § 25 Z. 2 gestützt werden kann, wenn eine Ehefrau von ihrem Manne das Heirathsgut zurückerstattet oder sichergestellt erhalten hat, und erst nach dieser Zeit dasselbe einem Dritten bez. mit der Sicherung überträgt. Gegen den Dritten kann nur auf Grund des § 33 Abs. 2 vorgegangen werden. Ihm gegenüber ist die anfechtbare Handlung nicht erfolgt, an ihn seiten des Gemeinschuldners keine Leistung bewirkt worden.

c) Hat dagegen die Ehefrau ihre Einbringensforderung an einen Dritten abgetreten, und erfolgt nun seiten des Ehemanns eine Rückgewähr oder eine Sicherstellung des Heirathsguts unmittelbar an diesen Dritten, so ist gegen den Letzteren die Anfechtung aus § 25

Z. 2 begründet. Die Preuß. Konkursordnung § 103 Z. 4 hatte die Zulässigkeit solcher Anfechtung durch ausdrückliche Festsetzung („oder deren Rechtsnachfolgern“, vergl. auch Plenarbeschluß des Berliner Obertribunals v. 20. Juni 1870, Just.-Min.-Bl. S. 262) bejaht gehabt. Die Motiven zu § 25 der Konkursordnung S. 1424, 1425 plaidiren hingegen dafür, daß die Anfechtung gegen den Dritten nur nach Maßgabe des § 33 der Konkursordnung zulässig sein solle. Ihre Argumentation läßt sich de lege ferenda gewiß rechtfertigen; aus dem Gesetze ist sie aber nicht herauszulesen. Dieses Widerspruches der Motiven mit der Gesetzesfassung ist schließlich in den Verhandlungen der Kommission des Reichstags ausdrücklich Erwähnung gethan (Prot. S. 23) und eine Einigung dahin erzielt worden, daß der Text des Gesetzes trotzdem unverändert bleiben, die im Gesetze nie zum Ausdruck gebrachte Anschauung der Motiven daher endgültig aufgegeben werden sollte. Völderndorff Anm. h IV, 3 S. 314; Stieglitz Bem. V, 4 zu § 25 S. 160; Petersen Bem. II, 3 zu § 25 S. 147, 148; Hullmann Anm. 2 zu § 25 S. 148, 149; Wilmowski Anm. 7 zu § 25 S. 118; Hartmann, Anf.-Ges. Z. 36 zu § 3. Auf dem Standpunkt der Motiven steht anscheinend Sarwey Anm. 6 Z. 3 zu § 25 S. 157; nicht schlüssig Wengler S. 221.

Daß die Bestimmung des § 103 Z. 5 der Preuß. Konkursordnung aus dem Gesetze fortgelassen ist, wird in den Motiven zu § 25 S. 1425 zutreffend gerechtfertigt.

7. Wenn der Gemeinschuldner eine unentgeltliche Verfügung getroffen, und der erste oder weitere Empfänger den Gegenstand derselben anderweit unentgeltlich weggegeben hat, so ist die Anfechtung gegen den Erwerber nach § 33 Abs. 2 der Konkursordnung nur unter den nämlichen Voraussetzungen statthaft, wie in dem Falle, daß dem unmittelbaren Geschäftsgenossen des Gemeinschuldners eine Verschuldung zur Last fällt, vergl. S. 114 flg. Dem Dritterwerber muß also die Kenntniß der benachtheiligenden Absicht des unentgeltlich verfügenden Cridars zur Zeit seines Erwerbes bekannt gewesen sein. Hatte der Cridar die Fraudationsabsicht nie gehabt, so ist die Anfechtung überhaupt ausgeschlossen. Fuchs § 10 S. 56; Dernburg, Preußisches Privatrecht § 130 Nr. 2 Not. 12.

Legislativ wäre die entgegengesetzte Vorschrift der Preußischen Konkursordnung § 109 Z. 3 aus den in § 3 Nr. 2 S. 25 entwickelten Gesichtspunkten gegen die Meinung der Motiven zu § 33 S. 1431 zu rechtfertigen und zu empfehlen gewesen. Dernburg l. c.; Völderndorff Not. 13 zu § 33 S. 360.

IV. Die Verkürzung der Gläubiger.

§ 24.

Soll der Anfechtungsanspruch der Gläubiger zur Entstehung gelangen, so muß die Vermögensentäußerung des Schuldners die Benachtheiligung der Gläubiger wirklich herbeigeführt haben, es muß eventus fraudis eingetreten sein. l. 10 § 1, l. 15 D. h. t. 42, 8. Schey S. 136 flg.

Der schädigende Erfolg besteht darin, daß die Gläubiger die Befriedigung, welche ihnen aus dem Vermögen des Schuldners von Rechtswegen zukommt, in Folge der Entäußerungshandlung und ohne Beseitigung ihrer Wirkungen entweder gar nicht oder nicht in vollem Maße oder nicht in dem Rangverhältnisse erhalten, welches ihnen anderen Gläubigern gegenüber gebühren würde.

Zur Verkürzung der Gläubiger gehört hiernach für die Anfechtung innerhalb des Konkurses, von welcher an diesem Orte allein die Rede ist:

1. Die Eröffnung des Konkurses zu dem Vermögen des Schuldners. Darin liegt zugleich: Es müssen Gläubiger — nach der Deutschen Konkursordnung genügt ein einziger — vorhanden sein, welche ihre Befriedigung aus dem konkursmäßigen Vermögen zu suchen befugt sind und suchen.

2. Die Befriedigung, welche die Gläubiger zu beanspruchen haben, muß im Konkurse ganz oder theilweise ausbleiben. Es muß, wie § 1509 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs sagt, das Ergebniß erzielt sein, daß die Gläubiger von dem Schuldner gar nicht oder nicht voll befriedigt werden. Dieses Ergebniß der Entäußerung hatte der Schuldner vorausgesehen und gewollt, S. 101 flg., jetzt muß es thatsächlich die Frucht seines Handelns geworden sein. Dabelow S. 411, II.; Windscheid II. § 463 Nr. 3; Wengler's Archiv Bd. II. S. 454. Würden die Forderungen der Gläubiger jetzt noch vor der Anfechtung erfüllt, so könnte der dolus des Fraudator noch so eclatant, seine Vermögensentäußerung noch so besorgnißerregend gewesen sein, dann ist eine Schädigung und Rechtsverletzung der Gläubiger nur versucht, das Delict des Fraudator — ein Erfolgsdelict — nicht zur Consummation gediehen, und wie sonst zumeist auf dem Gebiete des Privatrechts ist dem bloßen Versuche der unerlaubten Handlung keine Bedeutung beizumessen. Wächter Bd. III. § 109 Anm. 3; Binding, Normen Bd. I. § 31 I. 1 S. 213, 214.

Daß die Gläubiger verkürzt sind, ist hierbei ohne weiteres mit

der bloßen Thatsache der Konkurseröffnung gegeben. An sich wäre ja das Ausbleiben der Befriedigung erst festgestellt, nachdem im Konkurse der Verkauf der Activmasse bewerkstelligt und ein Maßstab für die Vertheilung gewonnen ist. Allein das hindert nicht, die Entstehung des Anfechtungsanspruchs auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses zurückzuziehen, für das gemeine und sächsische Recht schon aus dem Grunde, weil Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners unentbehrliche Voraussetzung der Konkurseinleitung ist. Wäre dann auch denkbar, daß die Activmasse später sich zur Deckung der Passiven zureichend erweist, daß die Vermögensbestände nachträglich durch Zufälle sich mehren oder in ihrem Werthe erhöhen, oder daß einzelne der bei der Entschließung über die Konkurseröffnung berücksichtigten Passiven, z. B. mangels Liquidstellung ausfallen und am Ende alle übrig bleibenden Schulden gedeckt werden können, so ist der mit der Konkurseröffnung begründete Anfechtungsanspruch nicht unschlüssig geworden, sondern durch die Befriedigung der Anfechtungsberechtigten zur Erledigung gebracht. Wurde doch schon nach römischem Recht die Pauliana in der Regel von dem curator bonorum, dessen Amt mit der venditio bonorum endete, also jedenfalls vor dem Vermögensverkaufe angestellt. Bauer zu decisio XXV. v. 1746 § 19, 30 Nr. 3; Laspeyres S. 44 bei Note 23; Günther S. 786 unten; Windscheid II. § 463 Z. 5 und Anm. 25; Brinz § 123 S. 533; Reinhart S. 55 flg., 103; Seuffert's Archiv Bd. I. Nr. 393, Oberappellationsgericht Dresden; Entscheidungen des Reichs-OHG.'s Bd. XXV. S. 104; Huschke S. 38 Nr. 3 (für die actio in factum des römischen Rechts ist Huschke andrer Ansicht S. 88, 118); Fitting im Archiv für civil. Praxis Bd. XLIX. S. 317; Schey S. 143, 153 flg. Dagegen scheint das Oberappellationsgericht Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. XI. Nr. 321 neben der Konkurseröffnung noch den Nachweis entweder von der bonorum venditio oder von der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners erfordern zu wollen.

Eher noch könnte man Bedenken tragen, nach der Deutschen Konkursordnung den Eintritt des Verkürzungserfolges mit der Thatsache der Konkurseröffnung zusammenfallen zu lassen. Denn die Konkursordnung macht für die Regel die Eröffnung des Verfahrens nicht von der Insufficienz des schuldnerischen Vermögens, sondern von der Zahlungsunfähigkeit (solvere non posse) des Schuldners abhängig, § 94 verb. 193, 1, 195 (anders 203); Motiven zu § 94 S. 1501 flg. Es ist deshalb rechtlich zulässig, daß der Schuldner actives Vermögen in einem Werthe besitzt, welcher den Betrag seiner Schulden übersteigt,

und gleichwohl die Konkurseröffnung über sich ergehen lassen muß, weil derselbe parate Mittel zur Berichtigung fälliger Schulden nicht zu beschaffen vermag. Indeß entsteht auch in diesem Falle mit der Konkurseröffnung der Anfechtungsanspruch. Die Gläubiger sind verletzt, weil sie Zahlung zu fordern berechtigt sind und keine Zahlung erhalten. Die Sufficienz des Vermögens als solche hebt diese Verletzung nicht auf und steht mit ihr nicht im Widerspruche, da die den Gläubigern gebührende Befriedigung zu der Zeit, wo sie ihnen zukommt, eben ausbleibt und verzögert wird. Schon die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schließt deshalb die in der Nichtbefriedigung bestehende Verkürzung der Gläubiger in sich. Vergl. jedoch hinsichtlich des Gegenbeweises § 34.

Es ist alsdann zur Vollendung der Verkürzung nicht erforderlich, daß die Vermögensbestandtheile, welche durch die Entäußerungshandlung des Schuldners von seinen Gütern hinweggegeben werden sollen, thatsächlich schon aus seinem Vermögen ausgeschieden sind. Es genügt, daß sie unmittelbar daraus ausscheiden würden, falls der Entäußerung rechtliche Folge gegeben werden müßte. Dies ergiebt sich aus dem in § 7 B S. 52 flg. richtig gestellten Begriffe der Vermögensminderung und ist von durchschlagender Bedeutung für die Anfechtbarkeit fraudulos eingegangener, aber zur Zeit der Konkurseröffnung vom Schuldner noch nicht erfüllter Verbindlichkeiten. Ja zur Herbeiführung des eventus fraudis kann es schon ausreichen, daß eine andre Vertheilung der Konkursmasse einträte, falls die anfechtbare Handlung bei Kräften bliebe. Das ist der Fall bei frauduloser Einräumung eines Vorzugsrechts im Konkurse an einzelne Gläubiger. Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. V. S. 46; Seuffert's Archiv Bd. XX. Nr. 98, Oberappellationsgericht Celle 1864.

Andrerseits ist aber der für den Anfechtungsanspruch präjudicielle Erfolg der Vermögensentäußerung nicht schon dann eingetreten, wenn sich im Augenblicke der Entäußerung des Schuldners beurtheilen ließ, daß dieselbe unmittelbar die Aussicht der Gläubiger auf volle Befriedigung um deswillen herabdrückte, weil schon zu dieser Zeit Unterbilanz des schuldnerischen Vermögens vorlag oder hergestellt wurde. Ob die Gläubiger durch den Entäußerungsakt des Schuldners verkürzt werden, läßt sich gar nicht eher entscheiden, als sie ihre Befriedigung suchen oder suchen müssen und nicht erhalten. Mit Unrecht ziehen daher ohne quellenmäßige Begründung Hasenbalg S. 13, 14 flg. (ebenso Eck, Jenaer Literaturzeitung 1874 S. 588) und Zürcher S. 8 Z. 2, S. 32 den eventus fraudis auf die Zeit der Vornahme

der Handlung zurück. „Die jetzige Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist es", sagen die Motiven zu § 25 der Konkursordnung S. 1423 vergl. auch zu Buch I. Tit. 3 S. 1411, „welche die Benachtheiligung und daher die Rechtsverletzung der Gläubiger begründet." Mandry § 38 I. 4 S. 384; Stieglitz Vorbem. zu Tit. 3 D S. 121, 122; Völderndorff Anm. c zu § 24 S. 290. Daß dagegen das sächsische Recht auch auf den unmittelbaren Eintritt des Verkürzungserfolges mit dem Erforderniß der Insufficienz zur Zeit oder in Folge der Veräußerung entscheidendes Gewicht legte, war eine bereits S. 95 flg. gewürdigte Besonderheit.

3. Die unter 2 geschilderte Verletzung der Gläubigerrechte muß in ursachlichem Zusammenhange mit der Handlung stehen, durch welche der Schuldner vordem Bestandtheile seines Vermögens entäußert hatte. Durch diese Handlung muß die dem Konkurse zu Grunde liegende Insufficienz oder Insolvenz herbeigeführt oder vermehrt worden sein; ohne die Handlung würde der Ausfall, den die Gläubiger erleiden, beziehentlich die mit der Zahlungsunfähigkeit verbundene Verzögerung ihrer Befriedigung überhaupt nicht oder nur in geringerem Maße stattfinden.

Doch braucht, wie sich aus dem zu 2 Gesagten ergiebt, der Kausalzusammenhang nicht der unmittelbare von Ursache und Wirkung zu sein, die Benachtheiligung braucht wenigstens in der Regel — von den durch § 23 Z. 1, erster Thl. und § 24 der Konkursordnung geschaffenen Ausnahmen abgesehen, oben § 7 A, a und b S. 50 flg. — nicht schon in dem Abschlusse des anzufechtenden Geschäftes begründet zu sein. Enthält daher die Vermögensentäußerung nicht schon für sich eine Minderung des schuldnerischen Vermögens in dem Sinne, daß durch sie das Maß der activen Bestände herabgedrückt oder das der Schulden erhöht wird, so fehlt es an der nothwendigen Ursächlichkeit gleichwohl nicht, wenn spätere Handlungen des Schuldners oder casuelle Ereignisse ihre Wirksamkeit zu dem durch die Entäußerung eingeleiteten Verkürzungserfolge vereinigen. So bildet eine Veräußerung um ein angemessenes oder den Werth des Veräußerten übersteigendes Aequivalent das Mittel zur Rechtsverletzung der Gläubiger nicht an sich, wohl aber wenn der Schuldner das Aequivalent den Gläubigern entziehen wollte und wirklich entzogen hat, vergl. § 7 A S. 49; Sintenis II. § 124 A, I. Note 30; Holzschuher Bd. III. S. 1065 Note *); Oberappellationsgericht Kiel (1856) in Seuffert's Archiv Bd. XII. Nr. 113 („wenn zur Zeit der Konkurseröffnung das an die Stelle getretene Aequivalent nicht mehr in der Masse vorgefunden

wird"); Sarwey Anm. 4 zu § 24 S. 144; Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XXV. S. 106 (es fehlt an dem Verkürzungserfolge, wenn das angemessene Aequivalent zur Zeit der Konkurseröffnung als exigible Forderung noch aussteht); Schey S. 143 (wenn anders — sei es auch durch spätere zufällige Verluste — das schuldnerische Vermögen insolvent geworden ist). Vergl. § 18 S. 106.

Die Ursächlichkeit einer Vermögensentäußerung wird auch dadurch nicht unterbrochen, daß die Handlung zwar vormals die Unzulänglichkeit des Vermögens herbeigeführt oder vermehrt hat, inzwischen aber der Schuldner wieder solvent gewesen ist. Was Letzterer durch die Handlung beabsichtigt hatte, ist dann ungeachtet der dazwischen liegenden vorübergehenden Solvenz immerhin wirklich eingetreten; zu der Zeit, als die Gläubiger ihre Befriedigung suchen, sind sie um die Bestandtheile geschmälert, welche der Schuldner zu ihren Ungunsten veräußert hatte. Hasenbalg S. 2 Nr. 3; Dabelow S. 412; a. A. Zürcher S. 32. Das ist für das gemeine Recht und die Deutsche Konkursordnung um so gewisser richtig, weil nach ihnen (§ 16 oben) die Vermögensentäußerung von vornherein im Stande der Zahlungsfähigkeit des Schuldners vorgenommen sein kann.

4. Wie sich der durch die Vermögensentäußerung herbeigeführte Erfolg zu der Fraudationsabsicht des veräußernden Schuldners, sofern diese Absichtlichkeit eine Voraussetzung des Anfechtungsanspruchs bildet, verhalten muß, ergiebt sich von selbst aus dem Begriffe des Dolus und ist in § 18 S. 101 flg. entwickelt worden. Der Schuldner muß bei der Handlung sich vorgestellt und gewollt haben, daß dieselbe zu dem Erfolge hinwirken werde, oder könne.

An diesem Orte ist zweier Besonderheiten zu gedenken, welche das gemeine Recht an das Verhältniß der fraus des Entäußerers zu dem Verkürzungserfolge seiner Handlung anknüpft.

a) Der Erfolg muß ebendenselben Gläubigern gegenüber eingetreten sein, deren Benachtheiligung der Schuldner sich als die Frucht seiner Handlung vorgestellt, gegen welche er die Absicht der Verkürzung gefaßt hatte: utrumque in eorundem personam exigimus et consilium et eventum, l. 15, l. 10 § 1 D. h. t. 42, 8. Befriedigt der Cridar vor dem Konkurse alle ehedem Fraudirten, so ist die Anfechtbarkeit seiner Entäußerung ausgeschlossen; es fehlt dann die Identität der Verkürzten und der zu Verkürzenden. Doch ist nicht erforderlich, daß der schädigende Erfolg alle diejenigen Gläubiger, an deren Benachtheiligung der Schuldner gedacht hatte, in ihrer Gesammtheit trifft. Die Anfechtungsrechtsmittel bleiben bestehen, wenn auch einige von

ihnen seit der Entäußerung weggefallen sind, sobald zur Zeit der Geltendmachung der Rechtsmittel wenigstens noch Ein Gläubiger, dessen Verkürzung beabsichtigt gewesen, übrig ist und mit geschädigt wird, l. 10 § 6 D. h. t. Es genügt auch zur Entstehung der Klagmittel, daß die Absicht des Schuldners nur Einen Gläubiger und nicht eine Mehrzahl derselben trifft, l. 10 § 7 ib. Nur darf der Eine Gläubiger dann nicht vor Anstellung der Klage befriedigt worden sein, mit seiner vorherigen Deckung wäre jede Anfechtung abgeschnitten. Wollte aber der Fraudator, nachdem die Klage bereits erhoben, den Einen wissentlich benachtheiligten Gläubiger zu befriedigen unternehmen, um die Klage zu elidiren und den Verkürzungserfolg ihm gegenüber zu beseitigen, so ist es zu spät: das einmal begründete Klagrecht bleibt dessenungeachtet bestehen, l. 10 § 8 ib.

Dahin geht die Auslegung, welche ich den nicht recht durchsichtigen l. 10 §§ 6—8 D. h. t. gebe. Huschke S. 90 bei und in Note 1 und 2, S. 39. Vergl. auch Wengler, Kommentar zur Konkursordnung S. 232 unter 1; Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patronus S. 112 Anm. 47.

Ich lege Gewicht darauf, daß Ulpian in ihnen nicht das mindeste darüber andeutet, zu wessen Gunsten das Recht der activen Geltendmachung der Anfechtung bestehe oder bestehen bleibe. Nur die Ausdeutung der Worte des § 1 der l. 10: hi (das ist iidem) creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius (Lucii Titii debitoris) vendiderunt, beschäftigt ihn von § 6 ab; darauf greift er, nachdem er in §§ 2—5 die conscientia fraudis erörtert hat, zurück. Ich interpungire deshalb (ähnlich wie Huschke S. 90 Anm. 1) in § 6: Praeterea sciendum est posse quaeri (nämlich quid sit id) quod dicitur: „in fraudem creditorum alienatum revocari posse, si iidem sint creditores“. Es könnte Jemand denken, — liegt zwischen den Zeilen —, wenn gesagt ist, die Anfechtung greife nur Platz unter der Bedingung, daß dieselben Gläubiger, welche der Schuldner fraudiren wollte, fraudirt werden, es müßten auch alle dieselben Gläubiger Nachtheil erleiden, welche ihn nach dem Trachten des defraudator erleiden sollten. Das weist Ulpian ab und schließt dabei an, daß auch, wenn die Absicht nur gegen Einen Gläubiger gerichtet gewesen sei, die Anfechtung Statt habe. Dagegen haben, von Huschke abgesehen, alle anderen Ausleger dieser Stelle, Dabelow S. 412; Laspeyres S. 43, 44; Meischeider S. 89, 90; Reinhart S. 132, 133; Fuchs § 10 a. A. S. 53; Motiven zu § 29 der Konkursordnung S. 1427 und zum Anfecht.-Gesetz S. 657, wohl auch Keller § 370 S. 694, ganz einseitig

Hasenbalg S. 47—55 in dieselben die Meinung hineingetragen, als wolle Ulpian die Frage erörtern, wem die Befugniß zur Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs activ zukomme. Das ist in Wahrheit nicht der Fall. Ulpian sagt insbesondere nirgends, daß ausschließlich Derjenige, gegen den die Fraudationsabsicht gerichtet gewesen, zur Anfechtung berechtigt, is, cui de ea re actionem dari oportebit l. 1 pr. D. ib., sei. Er setzt nur auseinander, daß, soll überhaupt eine Anfechtungsbefugniß begründet sein, zur Zeit ihrer Geltendmachung nicht allein solche Gläubiger benachtheiligt sein dürfen, deren Schädigung der Gemeinschuldner gar nicht beabsichtigt hatte. Sein Vorwurf ist das dem römischen Recht eigenthümliche Erforderniß, daß der Befriedigungsausfall sich zu Ungunsten derselben Persönlichkeiten verwirklichen müßte, deren Benachtheiligung vom Schuldner in Betracht gezogen worden war. Und dann ergiebt doch schon die Einräumung der actio Pauliana an den curator bonorum, welcher alle Immittirten vertritt, daß nicht die betrogenen Gläubiger allein zur Anfechtung activ legitimirt sein sollten!

Das römische Recht macht aber von jener Anforderung eine Ausnahme. Die Anfechtung bleibt statthaft, wenn der Schuldner diejenigen Gläubiger, deren Verkürzung er ins Auge gefaßt hatte, mit den von späteren Gläubigern gewonnenen Mitteln abgefunden, das ist den gegen jene ersteren ausgeführten Dolus faktisch auf die neuen Gläubiger perpetuirt hat und diesen gegenüber der Verkürzungseffect eintritt, l. 10 § 1 und l. 16 D. h. t.; Reinhart S. 133 bei Note 4; Hasenbalg S. 33, 34. Es wird nicht erfordert, daß die neuen Gläubiger ihre Mittel zufolge eines gerade auf die Befriedigung der früheren Gläubiger gerichteten Geschäftes hergegeben haben, wenn nur thatsächlich ihr Geld zu jenem Zwecke verwendet wurde. A. A. Oberappellationsgericht Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. XXV. Nr. 95, 1869. Auch an den citirten Stellen wird die andere Frage offen gelassen, wer in diesem Falle der zur Anfechtung Legitimirte sei, und diese Befugniß nicht ausschließlich den Gläubigern zugesprochen, deren Geld zur dimissio priorum creditorum verwendet worden ist. Das Gegentheil wird behauptet von den angezogenen Schriftstellern, außerdem von Günther S. 785, und von Brinz § 123 S. 532 Z. 6—7 von oben.

Die dargelegte Einschränkung des Anfechtungsrechts, der römischen Anschauung entspringend, welche für doloses Handeln so zu sagen eine persönliche Beziehung der Handlung zu den durch den Dolus Umfaßten und Geschädigten erforderte, unterliegt den gewichtigsten

legislativen Bedenken. Selbst wenn unter den Gläubigern zur Zeit der Anfechtung sich keiner befindet, den der Cridar zu verkürzen beabsichtigte oder mit dessen Geld er einen solchen befriedigte, sind die jetzt vorhandenen Gläubiger, sollte auch ihre Forderung erst nach der anzufechtenden Rechtshandlung entstanden sein, immerhin durch dieselbe benachtheiligt. Das, was der Schuldner zum Schaden einzelner Gläubiger that, perpetuirt sich in seiner Wirkung auf alle übrigen, und mit Recht bemerken die Motiven zu § 29 der Konkursordnung S. 1429, daß die Ausnahme, welche das römische Recht in Betreff der Gläubiger machte, deren Mittel zur Befriedigung der dolos Verkürzten Verwendung gefunden haben, zur Regel erhoben werden müsse.

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch hat zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen. Indessen läßt sich nach der Fassung des § 1509 („Wenn ein Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, — — so mindert, daß sie — das ist: seine Gläubiger überhaupt — von ihm gar nicht oder nicht ganz befriedigt werden können") wohl annehmen, daß das Erforderniß der Identität der Verkürzten mit denen, deren Benachtheiligung beabsichtigt war, nicht hat aufgestellt werden sollen, und nur das hat der sächsische Gerichtsbrauch constant daraus hergeleitet, daß die Forderung des verkürzten Gläubigers schon zur Zeit der Veräußerung entstanden sein müsse. Vergl. § 40.

Die Motiven zu § 29 der Konkursordnung geben über die Meinung des Gesetzgebers die bündigste Auskunft. Sie verwerfen das bezeichnete Erforderniß allganz. Die römische, der modernen Anschauung zuwiderlaufende Einschränkung des Anfechtungsrechts: in eorundem personam utrumque exigimus et consilium et eventum ist deshalb aufgegeben. Es genügt, daß der Schuldner im Falle des § 24 der Konkursordnung die Verletzung einiger weniger oder eines einzigen Gläubigers im Auge hatte, während die Nichtbefriedigung ganz andrer Gläubiger bewirkt wurde, und es braucht zur Zeit der Anfechtung von denjenigen, gegen welche seine fraus sich richtete, nicht ein einziger mehr übrig zu sein.

b. Der Verkürzungserfolg muß nach gemeinem Recht an derselben Vermögenseinheit herbeigeführt worden sein, auf deren Herabminderung die fraudulose Entäußerung des Schuldners hinzielte. Ging das Vermögen, auf welches der dolus des Schuldners zunächst Bezug hatte, mit der Person seines Trägers als Einheit unter und durch confusio im Wege der Universalsuccession in das des Erben über, so ist, wenn der Erbe jetzt zur Befriedigung der Gläubiger außer Stande

ist, die Anfechtung der Entäußerung des Erblassers nicht mehr zulässig, l. 10 § 9 D. h. t. 42, 8; Windscheid II. § 463 Nr. 3 bei Note 10; Hasenbalg S. 3, 4; Reinhart S. 102; Zürcher S. 33. War die confusio zwar durch den Anfall an den suus heres oder durch die Antretung des voluntarius heres erfolgt, werden die Erben aber, der erstere gegen den Nichtgebrauch des beneficium abstinendi, der zweite gegen die Antretung in den vorigen Stand wieder eingesetzt, nachdem sie Bestandtheile des confundirten Vermögens fraudulos veräußert haben, dann soll nach l. 10 § 10 ib. hiergegen eine utilis actio eingeräumt werden. Kommt es zum Konkurse eines Pupillen, welcher als suus heres seinen Vater beerbt hat, so wird, wenn die Gläubiger Separation des Vermögens des Erblassers von dem des Pupillen erlangt haben, die Anfechtung gegen fraudulose Handlungen des Vaters, wie des Pupillen, bez. seines tutor und curator zugelassen, l. 10 § 11 ib.; Huschke S. 91—93. Die weitere den necessarius heres betreffende Ausnahme in l. 10 § 10 ib. hatte nur für das römische Recht Bedeutung.

5. Die Benachtheiligung der Gläubiger kann die Grundlage eines Anfechtungsanspruchs derselben nicht abgeben, falls sie in ihrer Gesammtheit die Vollziehung der schädigenden Rechtshandlung seiten des künftigen Gemeinschuldners entweder im voraus gebilligt oder nachträglich genehmigt haben, l. 6 § 9 D. h. t. 42, 8 Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt. Dabelow S. 415; Laspeyres S. 52 Z. 5 v. u.; Kori § 44 Nr. 5; Puchta, Vorlesungen § 380, 3. Abs.; Brinz § 123 S. 534; §§ 118 und 780 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es müssen hierbei zu dem Verzichte auf die Anfechtbarkeit des Geschäftes dieselben Personen legitimirt sein, denen die Geltendmachung des Anfechtungsrechts zusteht. Vergl. folgenden Paragraphen.

C. Die formelle Geltendmachung des Anfechtungsanspruches.

§ 25.

I. Activlegitimation des Anfechtenden.

1. Gemeines Recht.

Wem die actio Pauliana zustehen sollte, hatte der Prätor im Edicte angekündigt: curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dari oportebit l. 1 pr. D. h. t. 42, 8. Auch über das fraudatorische Interdict gab der Prätor klare Maße: illis, si eo nomine, de quo agitur, actio ei (vermuthlich eis) ex edicto meo competere esseve

oportet, restituas l. 10 pr. D. ib., das heißt, da ich mit Reinhart S. 45 flg., 63 flg. im Gegensatz zu Huschke S. 94 Anm. 2 annehme, daß unter actio hier keine andere als die actio Pauliana gemeint ist: das Interdict wird denselben Personen gegeben, wie die Paulianische Klage.

Die Folgerungen, welche sich für das gemeine Recht aus diesen Gesetzen ableiten, sind zum Theil bestritten.

Zwar das ist unzweifelhaft, in allen Fällen ist im Konkurse der curator bonorum zur activen Geltendmachung des Anfechtungsrechts legitimirt. Kommt ihm im gemeinrechtlichen Konkursverfahren (Bayer, Konkursprozeß § 41) die Rolle zu, in Vertretung der Gläubigergesammtheit, weniger zu Gunsten des Cridars, obwohl dieser wegen seiner Verpflichtung zur Nachleistung gleichfalls interessirt ist, die Konkursmasse im Einverständnisse mit dem Konkursgericht zu verwalten und zu thunlichst ausgiebiger Vertheilung geeignet zu machen, so hat er gewiß auch das Recht und die Pflicht, zur Konkursmasse alle Vermögensobjecte herbeizuziehen und, soweit sie entfremdet, zurückzuführen, welche zu ihrer Vermehrung überhaupt zurückgeführt werden können. Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XXV. S. 103. Falsch Seuffert's Archiv Bd. IX. Nr. 356, 1, 1858, Oberappellationsgericht Celle.

Dagegen fragt sich, wen die Quellen mit vel ei cui de ea re actionem dari oportebit haben bezeichnen wollen.

a) Die Mehrzahl der Rechtslehrer (vergl. die Citate S. 144, außerdem Fischer S. 8; Mankiewicz S. 54) nimmt an, daß darunter jeder einzelne im Konkurse benachtheiligte Gläubiger zu verstehen sei, sofern gegen ihn die fraus des Cridars bei dessen Entäußerungshandlung gerichtet und er deshalb schon zu dieser Zeit forderungsberechtigt gewesen sei, oder sofern der Cridar mit den vom klagenden Gläubiger gewonnenen Mitteln diejenigen Gläubiger befriedigt habe, deren Verkürzung er vormals beabsichtigt hatie. Diese Meinung stützt sich auf eine Auslegung der l. 10 §§ 1, 6—8, l. 15 und 16 D. h. t., deren Unrichtigkeit schon in § 24 S. 143 flg. nachgewiesen wurde.

b) Andere Schriftsteller geben die Anfechtungsrechtsmittel jedem einzelnen benachtheiligten Gläubiger und zwar, so viel mir scheint selbst ohne die vorbemerkte Beschränkung. Windscheid II. § 463 bei und in Anm. 25; Sintenis II. § 124 II. 6 bei Note 35, 36; Arndts § 228; Schönemann S. 33 flg., 42; Sarwey S. 107; vergl. auch Meischeider S. 95 verb. 89, 90; Schey S. 148 flg. Windscheid beruft sich hierfür auf die abgethane l. 10 § 6 D. h. t., außerdem auf c. 1 Cod. 7, 75 h. t. und l. 96 pr. D. 46, 3 de sol. (vergl. S. 65).

c) Huschke S. 40, 41 dagegen weist darauf hin, daß die Bestellung eines curator bonorum im römischen Recht nicht immer und nicht nothwendig der missio in bona nachgefolgt sei, im Gegentheil meist ohne sie die proscriptio bonorum durchgeführt worden sei. Das lehren in der That l. 6 § 2; l. 8, 9 D. 42, 4 quibus ex causis in· poss.; l. 1 pr. D. 42, 7 de curat. bon. dando; l. 8 § 4 D. 42, 5 de reb auct. jud. poss.; Cicero ad Atticum I. 1 § 3. Bethmann-Hollweg, römischer Civilprozeß Bd. II. S. 676 flg. bei Note 50—54. Es konnte auch die venditio bonorum bereits erfolgt, die Aufgabe des curator bonorum deshalb erledigt sein und nun erst die Revocabilität von veräußerten Vermögensbestandtheilen an den Tag kommen. Darauf gründet Huschke die Vermuthung, daß in diesen Ausnahmefällen und nur in diesen auch den einzelnen Gläubigern ex aequo et bono vom Prätor die normal dem curator bonorum verheißene Rechtshülfe in Aussicht gestellt worden sei. Für das gemeine Recht, welches die Bestellung eines curator bonorum zur Vertretung der Gesammtheit der Gläubiger als einen nothwendigen Bestandtheil des Konkursprozesses gerichtsbräuchlich in sich aufgenommen hat (Bayer, Konkursprozeß § 41), würde daraus folgen, daß das Anfechtungsrecht während der Dauer des Konkurses ausschließlich dem Gütervertreter und nur nach Beendigung des Verfahrens oder im Falle des Verzichtes der Gläubigergesammtheit den einzelnen Gläubigern zuzusprechen wäre. (Aehnlich Obertribunal Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. XXV. Nr. 198, 1871.)

Indeß braucht nicht weiter untersucht zu werden, ob die Huschke'sche Ansicht für das römische Recht den Vorzug verdiene.

Jedenfalls hat schon die Ansicht zu a die Bildung eines gemeinen Gewohnheitsrechtes zur Folge gehabt, daß außer dem Gütervertreter der einzelne benachtheiligte Gläubiger innerhalb des Konkurses zur angriffsweisen Geltendmachung der Anfechtung legitimirt ist. Die besonderen Erfordernisse, von denen nach Huschke diese Legitimation abhängen würde, hat man dabei ignorirt. Wenn dagegen die Ansicht zu a aus den Quellen sich nicht rechtfertigen läßt, insoweit aber, als sie für die Legitimation des einzelnen Gläubigers einen gerade gegen diesen mit Erfolg gerichteten Betrug des Veräußerers fordert, nicht selbst zu gewohnheitsrechtlicher Uebung durchgedrungen ist, so bleibt nur der Satz übrig, daß der einzelne Gläubiger schlechthin während des Konkurses die Anfechtung ausüben darf. Selbstredend muß er nicht minder wie der curator bonorum die objective Anforderung der l. 10 § 1, 6 flg. D. h. t. 42, 8 nachweisen, vergl. § 24, 4, a S. 143 flg.,

daß zur Zeit der Anfechtung noch wenigstens Einer von den Gläubigern als Verkürzter übrig ist, gegen welchen die fraus des Veräußerers sich richtete, oder mit dessen Mitteln der absichtlich Verkürzte befriedigt worden war.

Vergl. hierzu Seuffert's Archiv Bd. II. Nr. 115 (1845) Oberappellationsgericht Lübeck, Bd. XIX. Nr. 96 (1863), Oberappellationsgericht München, Bd. XXII. Nr. 105 (1867) dasselbe, Bd. XXVIII. Nr. 269 (1872) Appellationsgericht Celle, Bd. XXXIV. Nr. 259 (1878) Obertribunal Berlin; Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XIV. S. 280, und die sächsische Praxis S. 153.

Wie eine Concurrenz zwischen dem Gütervertreter und dem einzelnen Gläubiger oder zwischen mehreren neben einander berechtigten Gläubigern zu behandeln sei, ist dabei eine offene Frage. Doch wird immerhin festzuhalten sein, daß, wenn der Gütervertreter die Geltendmachung des Anfechtungsrechts einmal übernimmt, nicht daneben die einzelnen Gläubiger zu dem gleichen Zwecke selbstständig prozessiren, sondern sich höchstens als Nebenintervenienten dem Gütervertreter, welcher den viel weiteren Kreis der Gläubigergesammtheit vertritt, anschließen dürfen.

Hierbei ist allenthalben vorausgesetzt worden, daß zufolge der Vermögensentäußerung des Schuldners ein Bestandtheil seines Vermögens bereits ausgeschieden ist, und durch die Anfechtung zur Konkursmasse zurückgeführt werden soll. Wer dagegen zur Ausübung der Anfechtung befugt ist, wenn von dem Schuldner nur eine noch nicht erfüllte anfechtbare Verbindlichkeit übernommen worden ist, und wie dies je nach dem Inhalt der Schuld wiederum der curator bonorum, oder aber der curator litis ist, ist schon in anderem Zusammenhange (S. 53 oben) ausgeführt worden.

Einer bestimmten Klasse von Rechtshandlungen des Schuldners ist an diesem Orte noch Erwähnung zu thun. Der künftige Cridar kann einem Gläubiger für eine an sich unanfechtbar begründete Forderung desselben ein Pfandrecht, ein Absonderungsrecht, ein Aussonderungsrecht, irgend ein Vorzugsrecht im Konkurse constituiren. Durch dergleichen Akte wird nicht die Verkürzung der Gläubigergesammtheit, sondern nur bestimmter einzelner mit dem gleichen Vorrechte ausgestatteter Gläubiger oder bestimmter Klassen derselben herbeigeführt; andrerseits steht nicht die Zurückweisung der Forderung überhaupt, sondern des durch die anfechtbare Handlung mit dem Anspruche verknüpften konkursrechtlichen Vorzuges in Frage. In diesen Fällen kann der curator litis nicht zur Ausübung der Anfechtung legitimirt

sein. Er hat sich in dem gemeinrechtlichen Konkurse in Prioritätsstreitigkeiten — und um eine solche handelt es sich — nicht einzumischen. Dann bleibt also die Geltendmachung des Anfechtungsrechts sogar ausschließlich den geschädigten Gläubigern überlassen. Bayer, Konkursprozeß § 42 bei Note 16; Schweppe § 133; Oberappellationsgericht Wolfenbüttel (1863) in Seuffert's Archiv Bd. XIX Nr. 289; Oberappellationsgericht Celle ib. Bd. XXXI. Nr. 90 (1857). Vergl. auch Kori § 42.

Der Anfechtungsanspruch kann selbstverständlich von dem Ausübungsberechtigten veräußert, mithin abgetreten, und soweit er einem einzelnen Gläubiger zusteht, vererbt werden, l. 10 § 25 D. h. t. 42, 8. Dagegen ist der veräußernde Schuldner ebensowohl wie seine Erben (c. 4 Cod. h. t. 7, 75) von der Geltendmachung der Anfechtung ausgeschlossen, nach römischem Recht von andern Gründen abgesehen schon um deswillen, weil alle Ansprüche des Ersteren aus der Zeit vor der Konkurseröffnung (ex ante gesto — nach römischem Recht vor der emtio bonorum —) ihm verloren gegangen sind. l. 4 D. 42, 7 de cur. bon. dando. Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproceß II. S. 686; Kori § 42 bei Not. 194; Schönemann S. 42 flg.; Reinhart S. 129.

Wer aber immer als Anfechtender auftreten möge, der Erfolg, den er erstreitet, kommt nicht ihm für seine Person zu, sondern ist nach konkursrechtlichen Grundsätzen unter die Gläubigerschaft zu vertheilen. Reinhart S. 129 (unter Berufung auf l. 6 § 7 D. h. t.); Fischer S. 8; Zürcher S. 35, 36; Motiven zu § 29 der Konkursordnung S. 1427; Wengler, Kommentar S. 231. Bei der Geltendmachung der Anfechtung durch den curator bonorum wird der Satz nicht bestritten. Ich erachte ihn aber auch für maßgebend, wenn ein einzelner Gläubiger von der Anfechtung Gebrauch macht, und folgere das aus der römischrechtlichen solidarischen Wirksamkeit der missio in bona zu Gunsten der Gläubigergesammtheit, zufolge deren jeder klagende einzelne Gläubiger „das ganze Immissionsrecht und die ganze Creditorenschaft" vertrat. Huschke S. 76; l. 14 § 1; l. 12 D. 42, 5 de rebus auct. jud. poss.; l. 5 D. 42, 7 de cur. bon. dando; Bayer, Konkursproceß § 10 besonders bei Note 2. Sollte selbst ursprünglich für die Pauliana der gegentheilige Grundsatz gegolten haben, so hat sich doch schon im späteren römischen Recht die Pflicht des Einzelgläubigers zum Einschießen des Erlangten in die Masse, vielleicht anfangs unter Mitwirkung prätorischer Cautionen, herausgebildet. Huschke S. 41; Schey S. 150, 176. Und man mag heutzutage die Wirkung der Konkurseröffnung auf das Vermögen des Schuldners rechtlich

charakterisiren wie man will (Bayer l. c. § 29): soviel scheint gewiß, daß alle die zur Masse gehörigen, oder zu ihr zurückführbaren Gegenstände, abgesehen von einem Verzichte der Gläubigerschaft oder ihres Vertreters, nur zum Zwecke der Befriedigung der Gläubigergesammtheit nach den Grundsätzen der konkursmäßigen Vertheilung zu verwenden sind. Seuffert's Archiv Bd. XXII. Nr. 105 v. 15. Oct. 1867, Oberappellationsgericht München, a. A. dasselbe Oberappellationsgericht früher in Seuffert's Archiv Bd. XIX. Nr. 96, 1863. Die durch die Anfechtung wie durch eine auftragslose Führung von Geschäften der übrigen Gläubiger erwachsenen Kosten werden dabei dem Anfechtenden als Masseschuld zu vergüten sein.

2. Sächsisches Recht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Frage, wer zur Anfechtung legitimirt sei, nicht entschieden. Es sagt in § 1509 allgemein, daß „die Gläubiger" zur Anfechtung berechtigt sind. Es hat damit gewiß das Anfechtungsrecht nicht ausschließlich den einzelnen Gläubigern einräumen und dem Gütervertreter entziehen (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XXXIII. S. 163, identisch mit Annalen des Oberappellationsgerichts Dresden N. F. Bd. VII. S. 175), sondern die vor seinem Inkrafttreten befolgten Grundsätze bestätigen wollen.

Zunächst ist im sächsischen Konkurse der Gütervertreter zur Ausübung der Anfechtung legitimirt. (In der decisio XXV. v. 1746 ist ist irrthümlich vom curator litis die Rede, vergl. Bauer § 19 zu dec. XXV. und Gottschalk, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. III. S. 231.) Er ist dies — eine Bemerkung, die zugleich für das gemeine Recht nachgetragen werden mag, — nicht minder, wenn der zur Konkursmasse zurückzuführende Gegenstand voraussichtlich nur zur Befriedigung einzelner bevorzugter Gläubiger verwendet werden muß. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1862 S. 477. Das ist schon aus dem Grunde richtig, weil, wenn er die Herbeiziehung des Gegenstandes in diesem Falle unterließe, diejenigen Gläubiger, welche vorzugsweise daraus befriedigt werden müßten, unter Schmälerung der übrigen Gläubiger auf andre Massetheile mit angewiesen würden (anscheinend a. A. Wengler, Konkurs § 43 S. 215 bei Note 30). Ebensowenig ist der Gütervertreter für die Anfechtung an eine besondere Autorisation der Gläubigerschaft oder des Konkursgerichts gebunden. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1862 S. 171, 173. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XXXIII. S. 163.

Immer aber ist zur angriffsweisen Anfechtung innerhalb des Konkurses auch der einzelne Gläubiger neben dem Gütervertreter berechtigt. Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Dresden II. F. Bd. V. S. 504 (1876). Die Aufnahme dieses Satzes mußte sich von selbst aus der früheren Befolgung der Gratificationstheorie ergeben, welche das „gratificatorische Rechtsmittel" sogar nur dem verletzten, aeque oder magis vigilans, Gläubiger, nicht aber dem Gütervertreter einräumen konnte. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1862 S. 170, 175.

Daß der curator litis eine angemeldete nicht erfüllte Forderung anfechten darf, ist schon S. 56 dargelegt worden. Die Befugniß, einen anfechtbaren Anspruch auf prioritätische Befriedigung anfechtend zu beseitigen, war ihm durch die Erläuterte Prozeßordnung von 1724 ad tit. 42 § 1 abgeschnitten (Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1862 S. 483; Schönemann S. 43); durch das Gesetz, einige Bestimmungen über den Konkurs der Gläubiger betreffend vom 8. Juli 1868 § 10 Abs. 3 hat ihm meines Erachtens diese Befugniß zugestanden werden sollen.

Das Königl. Oberappellationsgericht Dresden (Erk. v. 5. Juli 1876 in den Annalen dess. II. F. Bd. V. S. 504) wich endlich von der S. 151 für das gemeine Recht vertretenen Auffassung in dem Punkte ab, daß es die Vermögensvortheile, welche ein einzelner zur Anfechtung befugter Konkursgläubiger durch deren Ausübung erstreitet, ihm allein und nicht der Gesammtheit der Gläubiger zufließen ließ. Der Gerichtshof bezeichnet diese Ansicht sogar als eine einem begründeten Zweifel nicht unterliegende, und beruft sich hierfür, ohne ihre Rechtfertigung durch sachliche Gründe auch nur zu versuchen, bloß auf das oben angezogene Urtheil des Oberappellationsgerichts München in Seuffert's Archiv Bd. XIX. Nr. 96 vom 5. Dec. 1863. Dabei ist übersehen, daß dasselbe Oberappellationsgericht München nach dem Präjudicat in Seuffert's Archiv Bd. XXII. Nr. 105 v. 15. Oct. 1867 sich zu der entgegenstehenden Meinung bekehrt hatte. Mich bedünkt, daß die S. 151 vorgetragenen Argumente auch für das sächsische Recht zur Annahme des Gegentheils nöthigen. (Ebenso der sächsische Entwurf einer Konkursordnung § 87 und die Preuß. Konkursordnung § 112.)

3. Deutsche Konkursordnung.

Innerhalb des Konkurses wird das Anfechtungsrecht nach § 29 der Konkursordnung von dem Konkursverwalter ausgeübt. Das Recht

steht ihm sogar ausschließlich zu, nicht nebenher und auch nicht subsidiär, wenn er dasselbe nicht geltend macht oder nicht geltend machen will, den einzelnen Konkursgläubigern (anders § 112 der Preuß. Konkursordnung). Die Kollisionen, in welche bei der Zulässigkeit der Anfechtung durch einzelne Gläubiger deren Rechte mit den Rechten der Gläubigergesammtheit gerathen müssen, die bedenkliche Lage, welche dem Anfechtungsgegner durch das Nebeneinander mehrerer Anfechtungsprozesse aufgedrängt wird, sowie die Schwierigkeiten einer sachgemäßen Vertheilung der Kosten der Rechtsstreite rechtfertigen zur Genüge die Vorschrift des § 29 (vortrefflich Motiven zu § 29 a. E. S. 1429).

Auch die Befugniß, im Prüfungstermine gemäß §§ 132, 134 der Konkursordnung gegen angemeldete Forderungen Widerspruch zu erheben, ist durch § 29 dem einzelnen Konkursgläubiger abgeschnitten, sofern der Widerspruch sich auf die Anfechtungsgrundsätze der §§ 22—34 der Konkursordnung stützt. Sarwey Anm. 1 zu § 29 a. E. S. 166, 167; Völderndorff Note 3 zu § 29 S. 339, Anm. d, III. zu § 134 Bd. II. S. 347; Hullmann Anm. 2 zu § 29 S. 153; Petersen Bem. 1 zu § 29 S. 161, 162; Stieglitz Bem. 1 zu § 29 S. 171; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. II. S. 294 § 130 Note 7; Schultze, das Deutsche Konkursrecht 2c. S. 68 Note 1; S. 69 Note 1; Prot. der Reichstagskommission S. 25—27, 92, 108; A. A. Mandry § 38, III, 1 S. 389. Selbst als Nebenintervenient darf sich der einzelne Gläubiger an dem von dem Konkursverwalter geführten Anfechtungsstreite nicht betheiligen, wie Völderndorff l. c. S. 340; Hullmann l. c.; Petersen l. c.; Wilmowski S. 122; Stieglitz l. c.; Wengler S. 234. (Prot. S. 26) annehmen; dürfte er das, so würde er in Wahrheit auf einem Umwege zur Ausübung des Anfechtungsrechts durch Gebrauch der Befugnisse in § 64 der Civilprozeßordnung zugelassen und nur die Erhebung der Anfechtungsklage wäre ihm versagt. Schultze l. c. S. 68, 69.

Uebt der Konkursverwalter den Anfechtungsanspruch nicht aus, so kann wider ihn das Konkursgericht, falls es diese Unterlassung für eine pflichtwidrige erachtet, auf Grund der §§ 75 und 76 der Konkursordnung durch Auferlegung von Ordnungsstrafen bis zu 200 ℳ und eventuell durch Entlassung von seinem Aufsichtsrechte Gebrauch machen. Andrerseits verpflichtet ein Beschluß des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung den Verwalter nicht zur Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung der Anfechtung. Doch läßt sich voraussetzen, daß ein derartiger Beschluß die Entschließung des Ver-

walters faktisch zumeist beeinflussen wird. (Vergl. §§ 79 flg., 85 flg. der Konkursordnung.)

Das Anfechtungsrecht des Verwalters muß sich von selbst erledigen, wenn das Konkursverfahren eingestellt (§§ 188—192 der KO.) oder nach rechtskräftiger Bestätigung eines Zwangsvergleiches aufgehoben wird (§ 175 der KO.) und nicht etwa eine Wiederaufnahme des Konkursverfahrens gemäß §§ 184—187 der KO. eintritt. Dagegen cessirt sein Privileg nicht schlechthin mit dem Aufhebungsbeschlusse, welcher vom Gericht bei regelmäßiger Abwicklung des Verfahrens nach Abhaltung des Schlußtermines gefaßt wird (§ 151 der KO.). Denn es kann vorkommen, daß die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, die der Schuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommen hatte, dem Verwalter bis zur Beendigung des Verfahrens unbekannt blieb, und erst nach dieser Zeit zu Tage tritt. Dieser Fall ist nach Analogie der Vorschrift in § 153 der Konkursordnung zu behandeln, welche die Zulässigkeit einer Nachtragsvertheilung statuirt, wenn nach der Aufhebung des Verfahrens zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden. Gehören auch die von dem Anfechtungsgegner zurückzugewährenden Gegenstände in Wahrheit nicht zur Konkursmasse, so bezweckt doch eben die Anfechtung, daß ihre Verwerthung zum Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger ebenso erfolge, als ob sie im Augenblicke der Konkurseinleitung zur Masse gehört hätten. Es erstreckt sich deshalb auf diese Gegenstände der Kollektiv-Anfechtungsanspruch, welcher den Gläubigern insgesammt zusteht, und zu dessen Ausübung ausschließlich der Verwalter, eventuell der vom Gericht neu zu bestellende, legitimirt ist. Der Konkurs selbst lebt aber nach Durchführung der Anfechtung zum Zwecke der nachträglichen Vertheilung des Gewonnenen wieder auf. Stieglitz Bem. 2, b zu § 29 S. 172, 173, Note c zu § 1 S. 2. A. A. scheint Hullmann Anm. 11 zu § 22 S. 137. Hatte indeß der Verwalter die Zulässigkeit der Anfechtung vor der Aufhebung des Verfahrens gekannt, und nur thatsächlich davon abgesehen, den Anfechtungsanspruch bis dahin geltend zu machen, so ist das von ihm vertretene Kollektivrecht der Gläubiger consumirt, und es lebt gemäß § 13 Abs. 4 des Reichs-Anf.-Ges. das Sonderrecht des Einzelgläubigers zur Anfechtung wieder auf. Ueber das Verhältniß des Anfechtungsrechts des Verwalters zu dem der Absonderungsberechtigten, der neuen Gläubiger des Cridars und der Konkursgläubiger hinsichtlich des nicht zur Masse gehörigen Vermögens ist auf die Ausführungen in § 41 zu verweisen.

Die für die Praxis vollkommen unerhebliche Schulfrage, in wessen

Vertretung der Konkursverwalter die Anfechtung ausübe, beantwortet weder die Konkursordnung noch die ihr beigegebenen Motiven. Sie überlassen beiderseits die Frage der Wissenschaft zur Prüfung und Entscheidung.

Nach dem Grundsatze des § 5 der Konkursordnung, daß der Cridar ungeachtet der Konkurseröffnung Subject aller Bestandtheile seines Vermögens bleibt, und nur die Befugniß, es zu verwalten und darüber zu verfügen, verliert, fungirt nun zwar der Konkursverwalter in Bezug auf alles, was zur Konkursmasse gehört, — wenn auch immer im Interesse der Gläubiger — principiell als Vertreter des Gemeinschuldners. Sarwey Anm. 4 zu § 5 S. 25; Fuchs § 20 S. 103; Wengler, Komm. S. 91 flg. Er hat die Masse so zu verwalten, wie dies vom redlichen Cridar zu erwarten wäre. Diese Charakterisirung seiner Aufgabe trifft aber nicht zu, soweit es sich um seine Legitimation zur Anfechtung handelt. Zweck dieser Befugniß des Verwalters ist die Zurückführung von Werthen, welche schon zur Zeit der Konkurseröffnung der Verfügung des Schuldners nicht mehr unterstanden, deren Entäußerung auf seinem Willen beruhte, und auf deren Heranziehung er für seine Person nicht einmal einen Anspruch hat. Lediglich zu Gunsten der Konkursgläubiger und zur Reparation der Verletzung ihrer Befriedigungsrechte besteht das dem Verwalter übertragene Anfechtungsrecht. Diese Gesichtspunkte weisen mit Nothwendigkeit darauf hin, daß der Verwalter in seiner Eigenschaft als Anfechtungsberechtigter ausschließlich als Vertreter der Konkursgläubiger und der durch ihre Gesammtheit gebildeten communio incidens (Motiven S. 1370 zur Einl. des 1. Tit.) zu betrachten ist. Vergl. Völderndorff I. S. 35 bei Note 19; Stieglitz Anm. IV zu § 5 S. 40, 41; jetzt auch Schultze, das Deutsche Konkursrecht 2c., Abschn. 5 S. 64 flg. Wenn Petersen S. 40 hiergegen einwendet, auch der Vormund fechte die Handlungen seines Mündels an, und sei doch dessen Vertreter, so übersieht er, daß der Vormund damit ein Recht des Mündels geltend macht, während dem Gemeinschuldner ein Recht auf die Anfechtung der ihm gegenüber gültig bleibenden Entäußerung nicht zusteht.

§ 26.

II. Der Anfechtungsgegner.

Nach dem über die Voraussetzungen der Anfechtung (insbesondere in § 17 flg.) Entwickelten findet die Geltendmachung der Anfechtung gegen denjenigen statt, in dessen Person einer oder der andere der

principiellen Gründe der Anfechtung zutrifft. Zumeist ist danach Anfechtungsgegner der Vertragsgenosse des künftigen Cridars, der von ihm seiner Verbindlichkeit entlassene Schuldner, der durch die Rechtshandlung erst zu seinem Gläubiger Gewordene, der gesicherte oder befriedigte Konkursgläubiger (Huschke S. 100; Rudorff S. 71; Schey S. 148; bloß bezüglich des Interdicts auch Leist bon. poss. I. S. 353), der durch die anfechtbare Unterlassung in seiner Rechtslage Verbesserte. Völderndorff Anm. c II. zu § 30; Stieglitz Bem. V. zu § 30 S. 177. Daß und unter welchen Bedingungen die Anfechtung gegen den Singularsuccessor des ersten Erwerbers zulässig ist, wurde in §§ 19—23 ausgeführt. Sie ist aber auch gegen die Erben desselben (anders nach älterem römischen Recht) begründet, l. 10 § 25, l. 11 D. h. t. 42, 8; § 2328 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs; § 33 Abs. 1 der Konkursordnung; vergl. § 29, 6.

Zwei Fragen sind an diesem Orte zu besonderer Behandlung herauszugreifen.

1. Objectiv wird an das Handeln des Geschäftsgenossen des Gemeinschuldners keine weitere Anforderung gestellt, als daß er mitwirkt, den Gläubigern einen zu ihrer Befriedigung dienlichen Vermögensgegenstand zu entziehen. Die verschiednen Möglichkeiten solcher Mitwirkung ergeben sich aus den einzelnen Arten der Vermögensentäußerungen.

Dagegen wird nicht erfordert, daß der Anfechtungsgegner, sofern er nicht bloß auf die bei ihm vorhandene Bereicherung belangt werden soll oder kann, sich im Besitz oder Quasibesitz des Objects der Entäußerung befindet. Er haftet also, auch wenn er den etwa erworbenen Besitz, z. B. durch Vernichtung, Specification, Veräußerung, Verbrauch des Objects wieder aufgegeben hat. Vergl. § 1 S. 8 (anders die Schriftsteller, welche die Dinglichkeit der Pauliana festhalten). Ja er braucht von vornherein durch das Geschäft gar nicht Besitzer geworden zu sein oder für seine Person daraus einen Erwerb gemacht zu haben. Denn das Delict des fraudis conscius erzeugt seine Reparationsverbindlichkeit. Mit welchen Mitteln er seiner Pflicht genügen kann, kommt bei dieser Quelle seiner Haftung nicht in Betracht. l. 25 § 3 u. 1; l. 9 pr.; l. 14 D. h. t. 42, 8; Windscheid II. § 463 bei und in Anm. 15 und 16 verb. § 326 a. E.; Zürcher S. 37; Schey bei und in Note 77 S. 147; Mankiewicz S. 56; Curtius § 586 Note c; Schönemann S. 47. Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. X. S. 248 flg.; Bd. XIII. S. 381. In der Preußischen Judicatur war zu § 106 der Preuß. Konkursordnung mehrfach bejaht worden, daß auf Seiten des Anfechtungsgegners Besitz oder Quasi-

besitz für die Regel zu erfordern sei. Sonnenschmidt, prakt. Erört. (1875) S. 2 flg.; Dernburg, Preuß. Privatrecht II. § 131 Text u. Note 2 u. 3 S. 295, 296; Wengler Anm. 2 zu § 30 S. 237 flg.; Wilmowski Anm. 2 zu § 30 S. 124. Diese Ansicht war für den Fall der delictmäßigen Haftung des Anfechtungsgegners, für welchen sie allein Bedeutung hat, schon nach den Principien, welche das Preußische Recht solcher Haftung zu Grunde legte, schwerlich zu rechtfertigen. Meischeider S. 113 flg.; Entsch. des Rchs-OHG.'s Bd. X. S. 250. Sie ist aber, obwohl § 30 der Konkursordnung seinem Sinne nach mit § 106 der Preuß. Konkursordnung übereinstimmt, gewiß unvereinbar mit den Grundsätzen, auf denen die Konkursordnung die Haftung wegen delictischer Betheiligung an der Entäußerung beruhen läßt. Vergl. § 3; Wengler und Wilmowski l. c.; Sarwey Anm. 2 zu § 30 S. 169; Völderndorff Anm. c, I. II. zu § 30 S. 343, 344; Petersen Bem. 2 zu § 30 S. 165; Motiven zu §§ 30—32 der Konkursordnung S. 1429. (A. A. Dernburg Anm. 4 zu § 131 S. 296.)

2. Seinem Zwecke nach richtet sich das Anfechtungsrecht immer auch wider den Gemeinschuldner: ist es doch seine Rechtshandlung, deren rechtliche Wirksamkeit zu Gunsten der Gläubiger gehemmt oder aufgehoben werden soll. Eine andere Frage ist die, ob das Anfechtungsrecht auch wider den Gemeinschuldner ausübbar sei. Das Edict des Prätor hatte diese Frage ausdrücklich bejaht, l. 1 pr., l. 10 § 24, l. 25 § 5 D. h. t. 42, 8. Aus der letztern Stelle erhellt, welche Bedeutung das gehabt habe. Venulejus bemerkt dort gegenüber dem Zweifel eines Juristen Mela, daß allerdings die Paulianische Klage auch gegen den Fraudator selbst statthaft sei. Gelte zwar der von Mela entgegengehaltene römische Grundsatz, daß wider denjenigen, dessen Güter proscribirt und verkauft worden, aus seinen Geschäften vor der Immission der Gläubiger in sein Vermögen — ex ante gesto — keine Klage gegeben werde, so werde doch gerade die Paulianische Klage wider ihn eingeräumt, falls sonst kein Weg zur Wiedererlangung des von ihm Veräußerten offen stehe. Es bezwecke der Prätor damit nicht die Erlangung eines materiellen Vortheils von dem bonis exutus, sondern seine Bestrafung. Die letztere Bemerkung enthält den Fingerzeig zum Verständniß des Klagrechts wider den Cridar. Unter der poena, deren Herbeiführung der Prätor im Auge hatte, ist nämlich die poena carceris, die ductio in die Gewalt des Gläubigers zu verstehen. Die Vortheile des beneficium cessionis bonorum kraft der lex Julia, welche der Schuldner außerdem genießen würde, vor allem die Befreiung von der Schuldhaft gehen ihm um seines dolus willen

zufolge der actio Pauliana verloren. Huschke S. 101 u. 61; Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprozeß II. § 114 bei Note 107 S. 686; Schey S. 148. Zur Erlangung der Befriedigung vom Gemeinschuldner würde es in der That der Einräumung des Anfechtungsrechts wider ihn nicht bedürfen; er haftet den immittirten Gläubigern schon so mit seinem neuerworbenen Vermögen, in welches sie auf ihr Ansuchen anderweit immittirt werden müßten.

Für das gemeine Recht gewinne ich hieraus das Ergebniß. Gemeinrechtlich ist zwar eine Execution in die Person des Schuldners nicht recipirt und als zur Strafe eintretende Folge der actio Pauliana jetzt überdies zufolge des Bundes- und späteren Reichsgesetzes vom 29. Mai 1868 nicht mehr denkbar. Windscheid II. § 266 Note 4. Wohl aber ist als Folge der cessio bonorum das beneficium competentiae, das Verlangen des Schuldners, den zur Zeit der Vermögensabtretung vorhanden gewesenen Gläubigern in id tantum, quod facere potest, verurtheilt zu werden, noch praktisch. Windscheid II. § 267 Nr. 5; Sintenis § 91 II. B. Würde daher der Schuldner zur Vermögensabtretung zugelassen, was nur geschehen soll, wenn er unverschuldet in Vermögensverfall gerieth, so muß er nach erfolgreicher Belangung mit der actio Pauliana des beneficium competentiae verlustig gehen. Das scheint mir der einzige Zweck zu sein, zu welchem die actio Pauliana, wenn ein Ersatz des Veräußerten auf andere Weise nicht zu beschaffen ist (l. 25 § 7 cit.), also immerhin nur subsidiär, mit den den Gläubigern wider den Cridar sonst zustehenden Klagen concurrirt. Da von den Gläubigern gemeinrechtlich (Günther S. 786; Windscheid § 266 Abs. 1) zu jeder Zeit das Nachforderungsrecht wider den Schuldner ausgeübt werden kann, hat sich im übrigen die Pauliana wider den Fraudator vollkommen erledigt. Vornehmlich auch in dem von Huschke S. 61; Gimmerthal, über die heutige Anwendbarkeit der actio Pauliana gegen den Schuldner, im Archiv für praktische Rechtsw. N. F. Bd. III. S. 230—239, und Schey S. 148 hervorgehobenen Falle, daß der Cridar nach der venditio bonorum irgend welche Vortheile aus seinem fraudulosen Handeln einheimst. Lag endlich der Konkurseröffnung eine Güterabtretung gar nicht zu Grunde, so ist für die actio Pauliana wider den Cridar überhaupt kein Raum.

Diese Ansicht stellt sich in die Mitte zwischen die Meinung der Rechtslehrer, welche die Ausübung des Anfechtungsrechts gegen den Gemeinschuldner für „kaum noch praktisch", Günther S. 786, oder für „entbehrlich und ohne praktisches Resultat", Schönemann S. 44,

2 a, erachten oder ihr jede praktische Bedeutung absprechen — Bauer § 11 zu dec. XXV. v. 1746; Sintenis Bd. II. § 124, II. 6 Note 30 a. E.; Windscheid II. § 463 bei Note 1[a.] — und die Meinung der Schriftsteller, welche sie allgemein — Puchta, Vorlesungen § 380; Unterholzner Bd. II. S. 95 I. 3; Mühlenbruch Bd. I. § 174 bei Note 13; Arndts § 228 bei Note m; Reinhart S. 136; Fuchs S. 54 bei Note 10 — oder mit der in l. 25 § 7 cit. vorgezeichneten Subsidiarität zulassen — Keller § 370; Göschen Bd. II. Abth. 2 § 631 Z. 5; Meischeider S. 104; Mankiewicz S. 55. Vergl. auch Brinz § 123 S. 532; Fischer S. 8.

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch kennt in §§ 1513—1518 eine Anfechtung nur gegen den „Empfänger" des veräußerten Gegenstandes oder gegen den dritten Erwerber. Da es überdies das beneficium competentiae mit Stillschweigen übergeht (spec. Motiven S. 745), so mußte die Anfechtung gegen den Väreußerer von selbst gegenstandslos werden. Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Dresden N. F. Bd. V. S. 478, 479 (1868).

Nicht minder hat die Deutsche Konkursordnung die Möglichkeit einer gegen den Gemeinschuldner gerichteten Anfechtung reprobirt. Die Fassung der §§ 30—33 läßt eine andere Deutung nicht zu. Zum Ueberflusse sprechen es die Motiven zu § 22 S. 1413, 1414 ausdrücklich aus. Hingegen giebt Fuchs § 10 S. 54 mehr nicht zu, als daß die Konkursordnung die Wirkungen der Anfechtung lediglich Dritten gegenüber regle, zu deren Gunsten Vermögensstücke veräußert sind; er spricht aber dem Konkursverwalter das Recht der Anfechtung gegen den Gemeinschuldner zu, wenn dieser nach der Konkurseröffnung neues zur Konkursmasse nicht gehöriges Vermögen erwirbt. Steht mit dieser Meinung schon § 22 der Konkursordnung in Widerspruch, dem zufolge eine Anfechtung während der Dauer des Konkurses nach Maßgabe der §§ 23—34, d. h. ausschließlich nach Maßgabe derselben und nicht auch gegen Jemanden, dessen als Anfechtungsgegner gar nicht Erwähnung gethan wird, stattfinden soll, so ist selbst der indirecte Zugriff des Konkursverwalters auf das dem Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung nicht gehörende Vermögen und dessen Beiziehung zur Konkursmasse durch §§ 1 und 6 der Konkursordnung principiell abgeschnitten. Gegen Fuchs vergl. Mandry § 38 Note 26 S. 389; Völderndorff Anm. b zu § 29 in und bei Note 16; Hullmann Anm. 3 zu § 22 S. 135; Petersen Note 1 S. 122 und Bem. IV, 3 zu § 22 S. 126, 127; Wilmowski Anm. 5 zu § 22 S. 110; Stieglitz Bem. II, 2 zu § 22 S. 128.

§ 27.

III. Die Modalitäten der Ausübung des Anfechtungsrechts.

Für die prozessuale Form, in welcher die Geltendmachung des Anfechtungsrechts innerhalb des Konkurses erfolgen kann, bestehen keinerlei beschränkende Vorschriften. Motiven zu § 22 S. 1413; Fuchs § 10 S. 54. Die Anfechtung kann daher im Wege der Klage geschehen — so wenn die Zurückführung eines aus dem schuldnerischen Vermögen ausgeschiednen Objects in Frage steht —; sie kann im Gewande der Einrede auftreten — so wenn der curator litis eine beim Konkurse angemeldete nicht erfüllte Forderung abweist, l. 25 D. 42, 5 de reb. auct. jud. poss. S. 53 oben — oder replicando u. s. w. bewirkt werden, — so wenn der curator bonorum eine vom Gemeinschuldner anfechtbar eingeräumte exceptio (l. 3 D. h. t. 42, 8; l. 9 § 5 D. 12, 2 de jurej.; Huschke S. 42 Note 3) entkräftet, oder wenn der Konkursverwalter einer Aufrechnung des Schuldners des Cridars die dem § 23 der Konkursordnung entsprechende Vorschrift des § 48 Nr. 3 der Konkursordnung entgegenhält.

Die Zurückweisung angemeldeter anfechtbarer Konkursforderungen setzt nach § 132 der Deutschen Konkursordnung voraus, daß der Konkursverwalter im Prüfungstermine gegen die Forderung Widerspruch erhebt. Alsdann ist es in der Regel Sache des Gläubigers, die Beseitigung des Widerspruches im Wege der Klage gegen den Verwalter oder durch Aufnahme des über die Forderung bereits anhängigen, nach § 218 der Civilprozeßordnung unterbrochenen Rechtsstreites gemäß § 134 der Konkursordnung zu betreiben (über Formulirung des Sachgesuchs vergl. Sarwey Anm. 4 zu § 134 S. 575; Stieglitz Bem. II, 5, b zu § 134 S. 541); in diesem Prozesse wird der Verwalter die Einrede der Anfechtbarkeit vorschützen. Liegt aber für die Forderung ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil, oder ein Vollstreckungsbefehl vor, so ist es der Verwalter, welcher seinen Widerspruch im Klagewege zu verfolgen hat, § 134 Abs. 6 der Konkursordnung, und es findet der in Abs. 2 des § 134 für die Klage des Gläubigers vorgesehene ausschließliche Gerichtsstand in diesem Falle keine Anwendung. Motiven zu § 134 S. 1522. Das Sachgesuch des Verwalters wird hier dahin gehen, daß der Widerspruch gegen die von dem Beklagten in dem Konkurse des X. angemeldete Forderung auf (Zahlung von . . [beziehentlich nach Höhe des Theilbetrages von . . .]) Nr. . . . der Tabelle begründet und demgemäß die Tabelle zu berichtigen ist (Sarwey Anm. 9 zu § 134

S. 180). Ist das dem Gläubiger zur Seite stehende Endurtheil noch nicht rechtskräftig, oder der Vollstreckungsbefehl noch dem Einspruche unterworfen, so steht es dem Verwalter selbstredend frei, die Anfechtung einer von dem Schuldner in dem Mahnverfahren oder in dem Rechtsstreite vorgenommenen anfechtbaren prozessualen Handlung oder verhangenen Unterlassung durch Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des Einspruches und durch zweckentsprechendes Handeln in dem neu auflebenden Rechtsstreite zu verüberflüssigen. Seine Klage unterliegt auch den Beschränkungen der §§ 690 und 686 der Civilprozeßordnung, sofern der Gläubiger für seine Forderung bereits die Zwangsvollstreckung erwirkt, oder sofern er als Aussonderungs- oder Absonderungsberechtigter einen vollstreckbaren Schuldtitel zur Seite hat. Stieglitz Bem. II, 4 und 5 zu § 28 S. 169; Petersen Bem. 2 zu § 28 S. 159 und 160.

Häufig reicht es für die Zwecke der Anfechtung aus, daß die anzufechtende Rechtshandlung den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam erklärt wird. Der Anfechtende kann sich dann, wenn sonst die civilrechtlichen Voraussetzungen der Feststellungsklage vorliegen, mit diesem beschränkten Sachgesuche (judicium rescindens) begnügen. Motiven S. 1413. In dieser Beziehung erfordert § 231 der Civilprozeßordnung (weniger streng als der dadurch beseitigte § 147 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs, welcher die Anerkennungsklage nur subsidiär zuließ), daß für die Konkursgläubiger ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung der Unwirksamkeit der Entäußerung besteht. Gegenüber nicht erfüllten anfechtbaren Forderungen, welche im Konkurse nicht angemeldet sind, läßt sich ein solches Interesse nicht absehen, wohl aber, wenn die Anfechtung eines noch nicht geltend gemachten Aussonderungs- oder Absonderungsrechts in Frage steht. Motiven zu § 22 S. 1413; Sarwey Anm. 4 zu § 22 S. 126 flg.; Mandry § 38 II. 1, 2 S. 385; Stieglitz Bem. II, 3 zu § 22 S. 128, 129; Fuchs § 10 S. 54.

Der Verwalter kann endlich (Motiven S. 1413) den veräußerten Gegenstand mit der demselben entsprechenden Klage einklagen, ohne der anfechtbaren Entäußerung Erwähnung zu thun. Er kann z. B. die erlassene Forderung unmittelbar geltend machen und der Einrede des Erlasses mit der Replik der Anfechtbarkeit begegnen. Oder er kann die vom Schuldner vormals in's Eigenthum erworbene Sache schlechtweg mit der rei vindicatio herausfordern, und erst der exceptio rei venditae et traditae die Replik der Anfechtbarkeit des Erwerbsgeschäftes entgegenhalten. Es enthält dies nicht, wie Sarwey Anm. 4

zu § 22 a. E. S. 128 meint, eine nach § 240 der Civilprozeßordnung unzulässige Klagänderung. Rechtsgrund der geforderten Herausgabe der Sache bleibt dann nach wie vor das Eigenthum des Schuldners, welches durch den mittelst der Anfechtung unwirksam gemachten Akt nicht alterirt worden ist. Völderndorff Note 15 zu § 29 S. 341; Stieglitz Note e zu § 22 S. 129, 130. Freilich könnte der Verwalter ebenso gut den Herausgabeanspruch unmittelbar auf die Anfechtung des Geschäftes stützen und die Eigenthumsfrage gänzlich bei Seite lassen.

Aus dem gemeinen Rechte ist an diesem Orte einer besonderen Füglichkeit zur Ausübung der Anfechtung zu gedenken. Eine verbreitete Ansicht hat angenommen, daß das interdictum fraudatorium ursprünglich zum Zwecke der Erreichung einer beschleunigten Rechtshülfe behufs Zurückziehung veräußerter Sachen zur Konkursmasse eingeführt worden sei, und will deshalb, nachdem die Eigenthümlichkeiten des Interdictenverfahrens schon mit dem Aufkommen des Extraordinarprozesses (c. 3 Cod. 8, 1 de interd.) und jedenfalls im Justinianischen Recht (§ ult. J. 4, 15 de interd.) weggefallen gewesen, im gemeinen Recht ein provisorisches schleuniges Rechtsmittel zu eben demselben Zwecke gewähren, v. Schröter, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. VI. S. 136; Mackeldey, Lehrbuch des heut. röm. Rechts Bd. I. § 770 Nr. 5; Brinz § 123 S. 534 Nr. 2; Arndts § 228 Anm. 1 a. E.; Windscheid Bd. II. § 463 Anm. 1; Sarwey S. 104; zweifelhaft Zürcher S. 5. Zwar verwirft Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. VIII. S. 98 diese Meinung energisch als „eine oberflächliche Ansicht" der Praxis. Allein ein gewohnheitsrechtlicher Gerichtsbrauch hat die Möglichkeit summarischer Cognition im Briegleb'schen Sinne bei den römischen Interdicten überhaupt, besonders aber bei den interdicta adipiscendae possessionis zum Zweck der Erlangung eines bloß provisorischen Innehabens des Streitgegenstandes anerkannt — Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse § 105 Nr. 3 S. 510 flg. — und es steht nichts entgegen, diese Uebung auf den Fall zu übertragen, wenn materiell die Voraussetzungen der Paulianischen Klage gegeben sind, formell aber eine schleunige Beweisführung (wiederum im Sinne Briegleb's) zu Gebote steht und vorerst kein weiteres Ziel als die Erlangung provisorischer Zurückziehung veräußerter Sachen verfolgt, die definitive Austragung des Streitverhältnisses dagegen dem ordentlichen Prozeßwege vorbehalten wird. Dieses Rechtsmittel hat, wenn man von seiner provisorischen Natur absieht, überraschende Aehnlichkeit mit dem ächten

römischen interdictum fraudatorium, wie dasselbe von Schey S. 160 flg. dargestellt wird. Es trägt aber keineswegs die Natur eines Sicherheitsarrestes (Schönemann § 2 S. 6, 7), einer einstweiligen Verfügung an sich; denn es bezweckt Besitzerlangung, während die einstweilige Verfügung nur eine Garantie für die künftige Realisirbarkeit des zu einer rechtlichen Entscheidung noch nicht gebrachten Anfechtungsanspruches erstrebt. Dem sächsischen Recht war das geschilderte provisorische Rechtsmittel unbekannt (Petzoldt, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. XIX. S. 485 Note 57); sofern das zur Masse zurückzuführende Object ein Immobile war, diente die in § 218 der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865 vorgesehene lediglich die Bescheinigung des Anspruches voraussetzende Verwahrung dem Zwecke der Sicherung der vom Anfechtungsgegner zu gewährenden Leistung. (Siegmann, Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Dresden, N. F. Bd. I. S. 163.) Auch die Deutsche Civilprozeßordnung läßt es bei den allgemeinen Vorschriften für einstweilige Verfügungen bewenden, §§ 814—822. Sie setzt hierbei für die Erlassung solcher Verfügung die Glaubhaftmachung des Anfechtungsanspruches (§ 815 verb. 800) und der Gefahr voraus, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung der Leistung des Anfechtungsgegners vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. (§ 814.) Diese Gefahr wird zumeist schon vorliegen, wenn dem Anfechtungsgegner die ungehinderte Verfügung über den ihm abzugewinnenden Gegenstand freisteht, besonders bei Grundstücken des Publicitätsprincipes halber. Der Inhalt der Anordnung wird vom Gericht, das ist vom Gericht der Hauptsache (§ 821) oder provisorisch von dem Amtsgerichte, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet (§ 820), nach freiem Ermessen bestimmt. Soll in Sachsen ein Immobile zur Konkursmasse zurückgeführt werden, so wird sich, um der Verfügung rechtsverbindliche Wirksamkeit gegen dritte Gutgläubige zu sichern, die Anordnung einer dem § 218 der Verordnung vom 9. Jan. 1865 entsprechenden Verlautbarung in der zweiten Rubrik des Grundbuchsfoliums (§ 133 Nr. 3 verb. 114 Nr. 5 ders. Verordnung) empfehlen, wonach dem Eigenthümer die Veräußerung und Verpfändung des Grundstückes bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Anfechtungsstreites untersagt wird.

IV. Wirkung und Umfang der Anfechtung.

§ 28.

a) Im Allgemeinen.

Der Inhalt des Anfechtungsrechts mußte schon bei der Dar-

legung der Rechtsgründe der Anfechtung berührt werden. S. 11. An diesem Orte sind die Details seiner Ausflüsse darzulegen.

Zugleich ist

1. für den Umfang der innerhalb des Konkurses Platz greifenden Anfechtung einer aus ihrer rechtlichen Natur sich ableitenden allgemeinen Schranke zu gedenken. Die Anfechtung dient nur zur Ausgleichung der verletzten Befriedigungsrechte der gesammten Gläubiger des Gemeinschuldners. Sie hat daher nie weiter zu reichen, als zur Befriedigung aller Gläubiger erforderlich ist. Hat der Gemeinschuldner A. durch ein anfechtbares Geschäft dem Z. aus seinem Vermögen 10000 *M* übertragen und es betragen seine Schulden insgesammt 5000 *M*, so geht auch die Anfechtung gegen den Z. nur auf Rückgabe von 5000 *M*. Diese Grenze wird in § 1509 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs ausdrücklich hervorgehoben und von den Motiven zu § 22 der Konkursordnung S. 1413 anerkannt.

2. Der für das Bestehen des Anfechtungsanspruchs präjudicielle Verkürzungserfolg fällt hinweg, sobald die Gläubiger auf anderem Wege als durch Ausübung der Anfechtung vollständige Befriedigung erlangen. Vergl. § 24 Z. 2 oben. Daraus erwächst dem Anfechtungsgegner die facultas alternativa, der Anfechtung dadurch zu entgehen, daß er sämmtliche Konkursgläubiger direct und unmittelbar an Stelle des Schuldners befriedigt. Die Gläubiger dürfen, wie überhaupt die ihnen geschuldete und von einem Anderen angebotene Leistung, so auch die Befriedigung durch den Gegner nicht zurückweisen. Windscheid II. § 342 Z. 5; § 690 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs; Motiven zu § 22 der Konkursordnung S. 1413. Sie können nicht verlangen, daß die Tilgung ihrer Forderungen gerade aus den zur Konkursmasse wieder heranzuziehenden Gegenständen erfolge. Anscheinend a. A. Zürcher S. 36.

Im übrigen erscheint es zweckmäßig, die drei Gesetzessysteme, mit denen die gegenwärtige Darstellung sich beschäftigt, an diesem Platze von einander getrennt zu behandeln.

§ 29.

b) Gemeines Recht.

I. Leistung des Anfechtungsgegners, welcher fraudis conscius war.

1. Der Inhalt der Leistung selbst.

a) Ziel der Anfechtung gegen den fraudis particeps ist die Wiederherstellung des vor der Veräußerung des Gemeinschuldners bestehenden Zustandes zu Gunsten der Konkursgläubiger. Nicht die

fraudulose Handlung ist ungeschehen, nicht der fraudulos unterlassene Rechtsakt ist geschehen zu machen; das ist überhaupt nie möglich (S. 42, 43). Nur die Folgen, welche durch die Vermögensentäußerung des Cridars erzeugt oder beabsichtigt sind, sind wieder aufzuheben oder ihr Eintritt zu verhindern, dies wiederum nur den Gläubigern des Gemeinschuldners gegenüber, und seiten des Anfechtungsgegners für seine Person (nicht in rem). Alle Wirkungen, welche die Handlung für und gegen Andere, vornehmlich, welche sie im Verhältniß zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Geschäftsgenossen hervorbringt, werden von der Anfechtung nicht berührt. Generaliter sciendum est, sagt l. 10 § 22 D. 42, 8 h. t., ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum und l. 38 § 4 D. 22, 1 de usur. et fruct.: Praetor id agit, ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset. Vor der Vermögensentäußerung befand sich im Vermögen des Schuldners ein Gegenstand, dessen konkursmäßige Beschlagnahme, Versilberung und Verwendung zur Gläubigerbefriedigung ungehindert war. Pflicht des Gegners ist, die rechtlichen und thatsächlichen Hindernisse, welche der Beschlagnahme in Folge der Veräußerung entgegengetreten sind, in allen Beziehungen zu beseitigen, und soweit er dieser Pflicht nicht durch unmittelbare Beseitigung derselben Genüge leisten kann, den Gläubigern das id quod interest zu prästiren. Seine Leistung kommt hiernach negativ weder darauf hinaus, den Gegenstand in das Vermögen des Cridars zurückzugewähren, noch darauf, daß er das ihm oder einem Anderen an dem Gegenstande erworbene Recht auf die Gläubigerschaft oder den einzelnen anfechtenden Gläubiger übertrage. Er genügt seiner Verbindlichkeit immer schon, wenn er die Beschlagnahme und die Verwerthung des Gegenstandes für die Interessen der Gläubiger mit demselben Erfolge ermöglicht, mit welchem beides vor der angefochtenen Rechtshandlung geschehen konnte. Stand z. B. der Gegenstand im Eigenthum des Cridars, so ist derselbe mit der Wirkung zurückzuleisten, daß auf denjenigen, der den Gegenstand aus der Konkursmasse erwirbt, (nach römischem Recht den bonorum emtor, heutzutage den Singularerwerber), das volle, nicht durch Lasten irgend welcher Art, z. B. durch inzwischen aufgelegte Pfandrechte beschwerte Eigenthum an der Sache übertragen werden kann. Nur wer der gemeinrechtlichen Konkurseröffnung die Wirkung eines Ueberganges aller Activrechte des Schuldners auf die Gläubigerschaft zuschreibt, wird die unmittelbare Zurückübertragung des dem Cridar vor der Entäußerung zustehenden Rechtes auf die Gläubigergesammtheit als das Ziel der Anfechtung bezeichnen müssen.

b) Auf der andern Seite ist für den Umfang der Leistung ihre delictische Grundlage von Einfluß.

Mehrere Theilnehmer an der Handlung haften für die Leistung solidarisch (nicht correal, Windscheid II. § 298 bei und in Note 15). Etwas weiteres als die Wiederherstellung des vor dem anfechtbaren Akte bestehenden Zustandes kann dagegen dem Anfechtungsgegner nicht angesonnen werden; seine Leistung dient zur Reparation der Rechtsverletzung, zu welcher er mitgewirkt hat, sie trägt aber nicht den Charakter einer Strafe an sich. Hat daher der Gemeinschuldner A. auf den Z. 1000 ℳ in anfechtbarer Weise übertragen, so haftet Z., wenn zuerst der Güterverteter bloß 800 ℳ gegen ihn einklagte, dann ein einzelner Gläubiger während des Konkurses (vergl. § 25 S. 149 oben) die nämliche anfechtbare Handlung gegen ihn anficht, diesem Gläubiger nicht abermals auf die vollen 1000 ℳ, sondern nur auf den Rest der 200 ℳ. Endlich können die verkürzten Gläubiger den ihnen zugefügten Schaden nur einmal ersetzt verlangen; steht ihnen also eine Rechtsverfolgung zu dem nämlichen Zwecke der Beseitigung der Folgen der Entäußerung gegen verschiedene Personen zu Gebote, z. B. gegen den unmittelbaren Geschäftsgenossen des Schuldners und gegen den dritten schuldhaften Erwerber des an den Geschäftsgenossen Veräußerten, so ist deren Haftung nur eine solidarische (im engeren Sinne). Jeder von ihnen hat zwar ein selbstständiges Delict begangen, dasselbe bezieht sich aber auf das gleiche Object, und verletzt in gleichem Grade nur einmal das Befriedigungsrecht der Gläubiger; mit der einmaligen vollständigen Rückgewähr des Entzogenen wird deshalb die Verletzung ausgeglichen. Arndts § 243 nach Note b im Texte; Wächter § 67 I. 4 S. 468 flg.

c) Für einzelne Entäußerungsakte insbesondere gestaltet sich die Anfechtung dahin:

Uebertrug der Schuldner Eigenthum oder Publicianischen Besitz an Sachen, so hat der Gegner die Beschlagnahme der Sachen mit der unter a hervorgehobenen Wirkung zu ermöglichen oder zu gestatten, l. 14 D. h. t., und mithin das von ihm erworbene dingliche Recht aufzugeben (dominia revocantur). War die veräußerte Sache eine fruchterzeugende, so bestehen auf Grund der Quellen darüber Zweifel, wieweit sich seine Pflicht zur Erstattung von Früchten der Sache erstrecke. Es gilt, den Widerspruch, in welchem l. 25 § 4 und l. 10 § 20 D. h. t. zu einander stehen, zu beseitigen. Nach l. 25 § 4 D. h. t. hat der Gegner nämlich jedenfalls diejenigen Früchte zu gewähren, welche, wenn auch noch unreif, zur Zeit der Sachentäußerung mit der

Sache verbunden waren, aber auch keine mehreren, nicht die fructus medii temporis. Hiergegen sagt l. 10 § 20 D. h. t., daß er nicht bloß die gewonnenen, sondern auch qui percipi potuerunt a fraudatore zu erstatten habe. Reinhart S. 143; Meischeider S. 117 flg.; Unterholzner Bd. II. S. 98, e und Sintenis Bd. II. § 124 II., 6 bei und in Note 37 beziehen die l. 25 § 4—6 ausschließlich auf den redlichen Erwerber — auf das Gesetz selbst läßt sich diese Einschränkung nicht stützen. Huschke S. 106 legt in die Worte der l. 10 § 20 cit.: qui percipi potuerunt hinein: scilicet tempore alienationis, während qui percipi potuerunt doch nur so viel heißen kann wie sonst fructus percipiendi (ex persona fraudatoris), Wächter, Erörterungen Heft I. S. 64 flg. Das Richtige trifft meines Erachtens Schey S. 159, 165 flg., 175: die l. 25 § 4 giebt eine Beschränkung des fraudatorischen Interdictes wieder, während die l. 10 § 20 für die actio Pauliana galt. Weil die l. 10 § 20 die weitergehende ist, verdient sie daher für das heutige Recht alleinige Beachtung; mit der fruchtzeugenden Sache sind die Früchte zu restituiren, welche der Anfechtungsgegner gezogen hat und welche vom Gemeinschuldner gezogen worden sein würden, von der Klagbehändigung ab aber sogar die, welche der anfechtende Theil gezogen haben würde. Wächter, Erörterungen Heft III. S. 133. Vergl. dazu Windscheid Bd. II. § 463 Nr. 4, a und Note 17; Bd. I. § 124, 1; Dabelow S. 441, 442; Schönemann S. 48; Günther S. 787; Puchta, Vorlesungen § 380; Mankiewicz S. 57; Seuffert's Archiv Bd. XXVI. Nr. 97.

Für zufälligen Untergang der Sache haftet der fraudis conscius an sich nicht, wohl aber von der Klagbehändigung an. Windscheid I. § 124, 2; Wächter l. c.; Schey S. 160.

Rechte an Sachen, welche der Schuldner aufgegeben hat, sind wiederherzustellen, so der Nießbrauch l. 10 § 15 D. h. t., Pfandrecht l. 18 ib. Forderungen, welche er erlassen hat, haben wiederaufzuleben, l. 17 pr., l. 10 § 15 ib.; wenn sie bedingt oder betagt waren, mit diesen Beschränkungen, l. 10 § 23, wenn sie verzinslich waren, mit dem Zinsenanspruch, jedoch nicht mit Verzugszinsen, l. 10 § 22 ib.

Ein Pfandrecht, welches fraudulos bestellt worden, ist für unwirksam zu erklären, l. 22, l. 10 § 13 ib.

Ist eine Sache veräußert worden, die der fraudis particeps nicht mehr besitzt, so muß er ihren Werth erstatten. Hat er aber für die veräußerte Sache andere Vortheile und zwar ein Forderungsrecht auf ihren Preis, die actio venditi, oder schon den Kaufpreis selbst erlangt, so steht dem Anfechtungsberechtigten die Wahl zu, an Stelle des

Werthsersatzes sich die actio venditi abtreten zu lassen oder den erlangten Preis der Sache herauszufordern. Der Gegner kann ihm nicht das eine oder andere aufdrängen. l. 9 i. f., l. 14 D. h. t.; Meischeider S. 114 flg.; Bauer § 11 zu dec. XXV. von 1746.

Hat der Anfechtungsgegner für seine Person aus der fraudulosen Rechtshandlung gar keinen Vortheil erlangt, so haftet er dennoch für das Entäußerte, l. 25 § 3 D. h. t.; § 26, 1 oben S. 157. Hat er in Zukunft einen Vortheil daraus zu erwarten, so muß er wegen künftiger Herausgabe desselben Caution leisten. l. 25 § 1 a. E. und § 2 D. h. t.

Ueber die Leistungen, welche ihm bei der Zahlung einer bedingten oder betagten Schuld des Cridars obliegen, ist auf die Ausführungen in §§ 10 und 11 zu verweisen.

2. Dauer der Haftung.

Die volle Haftung (Z. 1) des fraudis conscius währt nur innerhalb bestimmter Zeit. Welches diese Zeit sei, und von welchem Punkte sie zu laufen beginne, ist ungemein controvers.

a) Nach römischem Recht betrug die Dauer der strengen Haftung unbestritten ein Jahr tauglicher Zeit, l. 1 pr., l. 6 § 14 D. h. t. 42, 8. Man hat aber behauptet, daß die c. 7 Cod. 2, 53 de temp. i. i. rest. diese Frist in eine vierjährige continuo laufende verwandelt habe. Bauer §§ 21—23 zu dec. XXV. von 1746; Dabelow S. 446; Gottschalk, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. III. S. 234 Nr. 2; Kori § 44 bei Note 220; Curtius § 588 Nr. 4; zweifelhaft Günther l. c. S. 786; Schönemann § 13; Sarwey S. 107, 108; Seuffert's Archiv Bd. XXVIII. Nr. 270, I. Appellationsgericht Celle 1870, Bd. XVIII. Nr. 288 Oberappellationsgericht Celle 1863. Allein die Coderstelle bezieht sich nur auf die Frist für das Nachsuchen um eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, mit welcher die Anfechtung durchaus nichts gemein hat (§ 1 S. 8 oben); es hat deshalb die Vorschrift der c. 7 die ursprüngliche römische einjährige Frist nicht alterirt. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II. § 277 II.; Göschen Bd. II. Abth. 2 § 631 Z. 6; Keller § 370 S. 695; Windscheid II. § 463 Nr. 4 a Note 2 a. E. u. Seuffert's Archiv Bd. XIX. Nr. 291 Oberappellationsgericht Celle 1865, Bd. XXV. Nr. 96 Oberappellationsgericht Jena 1870, Bd. XXXII. Nr. 93 OGH. für Bayern 1873, Bd. XXVIII. Nr. 270, II. Appellationsgericht Celle 1872.

b) Zwei Stellen des römischen Rechts handeln davon, von wann der annus utilis zu laufen beginne. Die l. 10 § 18 D. h. t. sagt: ex die venditionis bonorum und l. 6 § 14 ib. : ex die factae

venditionis. Huschke S. 64, 98 meint nun, nach der letztern Stelle laufe das Jahr von der fraudulosen Rechtshandlung ab, das gelte für die actio Pauliana und das interdictum fraudatorium (so auch Oberappellationsgericht Jena in Seuffert's Archiv Bd. XXV. Nr. 96); die erstere Stelle, welche das Jahr von dem Verkaufe des Vermögens des Cridars an den bonorum emtor beginnen lasse, beziehe sich bloß auf die actio in factum. Dagegen haben Reinhart S. 52 flg. und Schey S. 156 flg. nachgewiesen, daß auch l. 6 § 14 cit. von der Zeit der venditio bonorum spricht, Windscheid II. § 463 Note 21; Brinz § 123 S. 533 (unter Bezug auf l. 10 § 1 ib: si vendiderunt).

Der gemeinrechtliche Konkurs kennt aber keinen Verkauf der Güter des Cridars als einen einheitlichen Akt an Eine Person; die Versilberung der einzelnen Vermögenstheile erfolgt zu verschiedenen Zeiten: welcher Zeitpunkt entspricht deshalb heutzutage der bonorum venditio? Die ratio des vom Güterverkaufe beginnenden Verjährungsbeginns lag im römischen Recht offenbar darin, daß von dieser Zeit ab zweifellos war, wie die Gläubiger durch die frauduloſe Entäußerung thatsächlich verkürzt waren, wie fraus eventum habuit. Diesem Zeitpunkte entspricht im gemeinrechtlichen Konkurse der Distributionsabschied. Durch dessen Rechtskraft steht das Ergebniß fest, daß nicht alle Gläubiger des Cridars voll befriedigt werden, von hier ab wird daher im gemeinen Recht das Jahr tauglicher Zeit zu laufen anfangen. Windscheid l. c. Vergl. dazu Seuffert's Archiv Bd. XIX. Nr. 291, Bd. XXVIII. Nr. 271 und Dabelow S. 447.

Dagegen verlegt Reinhart S. 129, III. (vergl. Schey S. 155 flg.) den Anfang des Jahres auf die Zeit der Beendigung des Konkurses; Zürcher S. 41 (aus unzutreffenden Gründen) auf die Rechtskraft des Locationsurtheils; Kori § 44 Nr. 4; Günther S. 786; Bauer § 23 zu dec. XXV. von 1746; Gottschalk l. c. S. 235 Nr. 3; Curtius § 588 Nr. 4 (vergl. jedoch Note e); Wengler, Konkurs nach sächsischem Recht § 43 S. 215 (im Widerspruch zu Kommentar zur Konkursordnung S. 248, wonach das Jahr von der Veräußerung ab laufen soll) auf die Zeit der Konkurseröffnung; Savigny Bd. III. S. 415 auf die Zeit der Entäußerung; Schönemann § 13 und Mankiewicz S. 59 endlich auf die Zeit, zu welcher der benachtheiligte Gläubiger Kenntniß von der Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners und von der fraudulosen Veräußerung erhält.

c) Nach Ablauf des Jahres tauglicher Zeit und bis zur Vollendung der gewöhnlichen Anspruchsverjährung haftet der fraudis particeps nur auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung aus der

Entäußerung und auf dasjenige, um was er bereichert sein würde, wenn er die Bereicherung nicht dolos verhindert hätte. l. 10 § 24 D. h. t. 42, 8.

3. Gegenansprüche des fraudis conscius.

a) Ist er zur Herausgabe von Sachen verpflichtet, so kann er Ersatz der auf die Sachen gemachten Verwendungen in dem nämlichen Maße verlangen, wie der malae fidei possessor gegenüber der Eigenthumsklage, und die Sachen deshalb retiniren. Windscheid I. § 195. Die Verwendungen, welche er auf die Gewinnung zu erstattender Früchte machte, kann er von den Früchten abziehen. l. 10 § 20 D. h. t.

b) Ob der bösgläubige Erwerber ein Aequivalent, welches er dem Schuldner für den von diesem empfangenen Gegenstand hingab, von dem Anfechtungsberechtigten zurückverlangen könne, scheint unter den römischen Juristen bestritten gewesen zu sein. l. 7 und 8 D. h. t. Reinhart S. 31, 32. Justinian hat durch Aufnahme der l. 8 die Frage dahin entschieden, daß die Rückzahlung des vom Erwerber erlegten Kaufpreises von dem Richter je nach Umständen (ex causa) verfügt werden solle, z. B. dann, si nummi soluti in bonis extant, das heißt gewiß nur, wenn das gezahlte Geld in specie (unvermischt) unter den beschlagnahmten Gütern sich noch befindet. Man wird diese Entscheidung auf Gegenleistungen jeder Art zu erstrecken haben, sofern sie in Natur in der Konkursmasse vorhanden sind. Curtius § 588 Note c; Günther S. 787; Meischeider S. 122; Arndts § 228 bei Note d; Windscheid II. § 463 Nr. 4 a bei Anm. 19. Nach einer milderen nicht zu rechtfertigenden Ansicht soll die in Geld bestehende Gegenleistung zurückgewährt werden, wenn überhaupt noch baares Geld in der Masse sich vorfindet. Reinhart S. 140 Nr. 3.

c) Bezweckte die fraudulose Entäußerung die Befriedigung des Anfechtungsgegners wegen einer von demselben unanfechtbar erworbenen Forderung gegen den nachmaligen Cridar, so lebt seine Forderung mit der Anfechtung des Deckungsgeschäftes, z. B. der datio in solutum wieder auf, und kann, wenn sonst die Voraussetzungen zur Anmeldung gegeben sind, im Konkurse liquidirt werden. Das Forderungsrecht ging auf unangreifbare Leistung des seinen Inhalt bildenden Gegenstandes; mit der Revocation der Deckung stellt es sich als niemals getilgt dar. l. 21 D. 49, 14 de jure fisci. A. A. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. II. § 131 Note 5 S. 304, welcher die Nothwendigkeit einer Wiederherstellung der Forderung (in welcher Weise?) behauptet.

d) Ebenso erwächst dem Anfechtungsgegner eine Konkursforderung auf die Bereicherung der Masse um die Gegenleistung, soweit er diese nicht in Natur aus der Masse zurückerhält (vergl. zu b). Günther S. 787 und Sarwey Anm. 4 zu § 31 S. 178 lehren zwar, der Erstere ohne jede Rechtfertigung, das Gegentheil. Der Letztere (vergl. auch Stieglitz Bem. III. zu § 31 S 180) stützt die abweichende Meinung darauf, daß eine condictio ausgeschlossen sei, weil beide an dem als unwirksam angefochtenen Rechtsgeschäfte betheiligte Parteien der Vorwurf der Schändlichkeit oder eines unerlaubten Beginnens treffe, und beruft sich auf l. 134 D. de verb. obl. 45, 1; l. 2 § 2, l. 3 D. de cond. ob turp. caus. 12, 5; l. 5 pr. D. de cond. sine causa 12, 7 (vergl. Windscheid II. § 428 bei und in Anm. 11). Allein die wissentliche Theilnahme an der fraus des Cridars enthält ein Delict nur den Gläubigern des Cridars gegenüber; was der Gegner aus dem delictischen Geschäfte dem Gemeinschuldner leistete, leistete er nicht ob turpem causam, sondern vollkommen gültig und nur mit dem Mangel der Anfechtbarkeit behaftet. Das römische Recht hätte sonst das Geschäft als ein den guten Sitten widerstreitendes an sich unerlaubtes behandeln und als nichtiges bei Seite setzen müssen; es hat sich aber damit begnügt, den Gläubigern die Waffe der Anfechtung in die Hand zu geben. Ebenso wie daher der Gezwungene, wenn er gegen den Zwinger das aufgedrungene Geschäft anficht, die ihm zugeflossene Bereicherung dem Zwinger erstatten muß, steht dem Anfechtungsgegner ein Anspruch auf Ersatz der Bereicherung zu; derselbe ist nicht condictio ob turpem causam, sondern condictio sine causa im engeren Sinne (condictio causa finita). Arndts § 345 bei Anm. 3.

e) Es ist möglich, daß die Anfechtung im Konkurse durchgeführt, der der Konkursmasse dadurch zurückgewonnene Vermögensbestand auch bereits zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden ist, und nun erst (z. B. durch rechtskräftige Abweisung von angemeldeten Forderungen oder durch unerwartet günstige Verwerthung von unvertheilt gebliebenen Massebeständen) sich herausstellt, daß das Vermögen des Cridars zur Deckung seiner Schulden zureichte, der Konkurs daher gar nicht zu eröffnen, und die Anfechtung mangels Verletzung der Gläubigerrechte unzulässig gewesen wäre. Gleichwohl erwirbt der Anfechtungsgegner gegen die aus seinen Mitteln gedeckten Gläubiger keinen Anspruch auf Rückgewährung des in Folge der Anfechtung Geleisteten. Denn die Gläubiger waren mit der Konkurseröffnung befugt, die anfechtbar entfremdeten Vermögensstücke zu revociren, so lange der Gegner nicht

den Nachweis der Sufficienz des schuldnerischen Vermögens erbrachte. Vergl. § 32. Sie haben deshalb nicht auf seine Kosten eine ungerechtfertigte Bereicherung erfahren.

4. Die Erben des mit conscientia fraudis behafteten Erwerbers hatten nach römischem Recht wie bei andern Delicten nur die in der Erbschaft vorhandene Bereicherung aus dem Delict des Erblassers zu restituiren. l. 11 D. h. t. 42, 8. Zufolge der Usualinterpretation der einschlagenden Vorschriften des canonischen Rechts (Windscheid II. § 359 Note 12) haften sie nach gemeinem Recht bis zu den Kräften des Nachlasses. Windscheid II. § 463 bei Note 23; Zürcher S. 38 Note 2; Seuffert's Archiv Bd. XXX. Nr. 204. War der Anfechtungsanspruch aber schon gegen den Erblasser rechtshängig geworden, so haftet der Nichtbeneficialerbe sogar mit seinem eigenen Vermögen. Windscheid II. § 359, 2 a. E.

II. Leistung des der Mitwissenschaft der fraus untheilhaftigen Anfechtungsgegners.

Der redliche Erwerber hat mehr nicht zu gewähren, als worum er in Folge der angefochtenen Entäußerung zur Zeit der Geltendmachung der Anfechtung noch bereichert ist oder worum er in dem Augenblicke bereichert war, als er die Anfechtbarkeit seines Erwerbes erkannte. l. 6 §§ 11 und 12 (quatenus locupletiores facti sunt), l. 10 § 5 D. h. t. 42, 8; Windscheid II. § 463 Nr. 4, 6; Huschke S. 72, 73; Zürcher S. 44. Ob eine Bereicherung im einzelnen Falle vorhanden ist und worin sie besteht, wird sich nach Analogie der Grundsätze beantworten, welche für die Revocation einer an den Undankbaren oder an einen Ehegatten gemachten Schenkung gelten. Windscheid II. § 367, 3 bei Note 17, § 509 Note 26 f; Savigny Bd. IV. S. 52 flg.

Die Verjährungszeit der Bereicherungsklage ist durch keine besondere Vorschrift geregelt, sie muß deshalb die gewöhnliche dreißigjährige sein. Dabelow S. 446; Unterholzner Bd. II. S. 98; a. A. Zürcher S. 42.

§ 30.

c) Sächsisches Recht.

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch regelt in §§ 1514–1518 das Ziel und den Umfang der Anfechtung im wesentlichen übereinstimmend mit dem gemeinen Recht. Nur folgender Modificationen ist Erwähnung zu thun:

Mehrere gemeinschaftliche Erwerber, denen die Verkürzungsabsicht bekannt war, haften als Gesammtschuldner, § 777 verb. 1019 flg.,

Theilnehmer an ihrer Handlung nach Maßgabe des § 778. Wegen derselben Entäußerung kann gegen mehrere fraudulose Haftpflichtige der Anspruch auf Rückgewähr des Entzogenen nur einmal geltend gemacht werden, § 775.

Hat der fraudulose Erwerber nicht vertretbare Sachen zurückzuübertragen, so bemißt sich seine Verbindlichkeit zur Vertretung einer Verschuldung oder eines Zufalls, welche auf die Sachrückgabe von Einfluß sind, und zur Erstattung von Früchten nach den Vorschriften der §§ 303—309, soweit sie die Haftpflicht des mit der Eigenthumsklage belangten unredlichen Besitzers normiren. Damit sind die Bestimmungen der decisio III. v. J. 1746 über die Früchteerstattung in Wegfall gekommen.

Rechte, welche der Anfechtungsgegner an den zurückzugewährenden Sachen inzwischen Dritten bestellte, hat derselbe nach § 1514 wieder zu beseitigen. In § 1515 wird hervorgehoben, daß die Verbindlichkeit des unredlichen Empfängers auch darin bestehen kann, im Grundbuche eingetragene Rechte an Sachen zur Löschung zu bringen. Abgetretene Forderungen sind zurück abzutreten.

In allen Fällen hat auch nach dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche, welches insoweit lediglich die Vorschriften des gemeinen Rechts hat wiedergeben wollen, der Anfechtungsgegner seiner Verbindlichkeit Genüge geleistet, wenn er zu Gunsten der Gläubiger bewirkt, daß der vordem veräußerte Gegenstand der konkursmäßigen Beschlagnahme und Verwerthung unterworfen werden kann. Deshalb hat er Sachen „zurückzuerstatten", (§ 1514) das heißt in Bezug auf bewegliche Sachen, dem Anfechtenden den Besitz der Sachen zum Zwecke ihrer Versteigerung auf Rechnung der Gläubiger zu verschaffen, in Bezug auf Immobilien aber, deren Zwangsversteigerung geschehen zu lassen, gleichwie wenn der Cridar noch als Eigenthümer der Grundstücke eingetragen wäre und ohne daß es erst einer vorgängigen Umschreibung des Besitztitels auf den Cridar bedarf.

Die Frage, ob der bösgläubige Gegner nach Rückleistung seines Erwerbes den Anspruch auf seine Gegenleistung, soweit ihm diese nicht nach § 1516 zurückgewährt wird, im Konkurse anmelden könne, beantwortet sich meines Erachtens ganz nach dem in § 29, I. 3, d S. 172 Gesagten. § 1547 des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XV. S. 52; Siebenhaar's Kommentar zu § 1516.

Eine wesentliche Verschiedenheit des Sächsischen Gesetzbuchs liegt in dem Mangel jeder besonderen zeitlichen Grenze für die Ausübung

des Anfechtungsrechts. Bis zum Ablauf der gewöhnlichen dreißigjährigen Klagenverjährung (§ 150 des BGB.'s) bleibt der volle Umfang der Anfechtungswirkungen bestehen. Wengler, Konkurs § 43 S. 215.

Die Erben des Anfechtungsgegners haften gemäß § 2282 und 2328, soweit die Kräfte des Nachlasses reichen. Spec. Motiven zu § 148 S. 617, 618.

§ 31.

d) Deutsche Konkursordnung.

I. Leistung des auf Grund der §§ 24, 33 Abs. 2 und 23 belangten Anfechtungsgegners.

1. Inhalt der Leistung.

Zweck der auf einem Delict basirenden Anfechtung ist im Einklang mit dem gemeinen und sächsischen Recht nach den Motiven zu §§ 30—32 S. 1428: „Wiederherstellung des vor der Handlung bestandenen Rechtszustandes."

„Die angefochtene Handlung übt gegen die Konkursgläubiger keine Wirkung; hinsichtlich der Gläubiger wird es so angesehen, als ob die Handlung nicht geschehen wäre."

„Die Gläubiger (Motiven zu § 22 S. 1412 flg.) haben das Recht, die Verfügung des Gemeinschuldners in ihrem Erfolg anzufechten. Durch das an sich gültige Rechtsgeschäft ist von dem Gemeinschuldner ein Werthsobject, eine Sache oder ein Recht aus seinem Vermögen aufgegeben worden, entweder ist es thatsächlich schon fortgegeben oder er ist rechtlich verpflichtet, es zu thun, — er hat dando, solvendo, obligando, liberando u. s. w. veräußert. Die Veräußerung ist den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie steht ihren Ansprüchen nicht entgegen. Das ist der Inhalt des Anfechtungsrechts, und darin liegt der Zweck und die Wirkung desselben: das vom Gemeinschuldner aufgegebene Object als noch zur Konkursmasse gehörig zu betrachten und ihr zurückzuführen."

Hiernach tritt

a) die Aufhebung der Folgen des anfechtbaren Rechtsgeschäftes nicht ipso jure ein. Sie setzt voraus, daß der Konkursverwalter von der Anfechtung Gebrauch macht (durch außergerichtliche Erklärung gegen den Verpflichteten, oder im Rechtsstreite agendo, excipiendo u. s. w.). Sarwey Anm. 3 Z. 3 zu § 22 S. 125, 126.

b) Die anfechtbare Rechtshandlung ist bis zur Ausübung der Anfechtung vollkommen gültig und wirksam. Von dem Augenblicke der Anfechtung ab verliert sie aber ihre Wirksamkeit für die Zukunft. Die Folgen, welche die Rechtshandlung seit ihrer Vornahme bis zur

Anfechtung erzeugte, fallen daher nicht von selbst zusammen und insbesondere bleiben Rechte, welche Dritte an dem veräußerten Gegenstande in der Zwischenzeit erwarben, vollgültig bestehen, sofern gegen die Dritten nicht ein selbstständiger Anfechtungsgrund vorliegt. Es entsteht jedoch mit der Anfechtung zugleich die persönliche Verpflichtung des Anfechtungsgegners, die vor der Handlung bestandene Lage des schuldnerischen Vermögens wiederherzustellen und deshalb auch die von Dritten an den Objecten der Entäußerung erworbenen Rechte zu beseitigen. Wenn Sarwey Anm. 3 Z. 2 zu § 22 und Petersen Bem. III. 1 zu § 22 S. 124 diese Seite der Anfechtung dahin formuliren, „es werde die Unwirksamkeit der Handlung auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in welchem die Handlung vorgenommen wurde" und Völderndorff Anm. e a. E. zu § 22 S. 264 gar sagt: „Die Anfechtung greife rückwärts und die angefochtene Rechtshandlung werde nicht etwa erst durch die Anfechtung und also von da an unwirksam, sondern verliere ihre Wirksamkeit von Anfang an," so ist das mindestens ungenau. Denn diese Schriftsteller geben zu, daß die in der Zwischenzeit erworbenen Rechte Dritter von der Anfechtung nicht berührt werden. Darin gerade zeigt sich, daß weder die Handlung rückwärts (ex tunc) ungültig wird, noch die Anfechtung in rem, statt in personam wirkt. Wächter II. § 86, I. 2 S. 656.

c) Die Aufhebung der Folgen der Handlung tritt gegenüber den Konkursgläubigern ein. Konkursordnung § 22. Die Rechtsveränderungen, welche sie zum Vortheil oder Nachtheil anderer Personen erzeugten, bleiben der Anfechtung ungeachtet bestehen. Insbesondere werden die Rechte oder Verbindlichkeiten, welche für den Gemeinschuldner und dessen Geschäftsgenossen aus der Handlung resultirten, nicht betroffen.

Der Gesetzgeber hat nicht für nöthig erachtet, im Gesetze selbst als Ziel der Anfechtung das in den Motiven dargelegte: Wiederherstellung des vor der Rechtshandlung bestandenen Zustandes zu bezeichnen, obwohl die von den Motiven S. 1428 gegen die Aufnahme einer solchen allgemeinen Vorschrift aufgeworfenen Bedenken schwerlich stichhaltig sind. Ist die anfechtbare Rechtshandlung in den Grenzen obligatorischer Wirksamkeit geblieben, so daß die Erklärung der Unwirksamkeit zur Aufhebung ihrer Folgen ausreicht, so ist der Konkursverwalter allerdings schon mit der Vorschrift des § 22 gedeckt. Das ist z. B. der Fall, wenn er eine nicht erfüllte Konkursforderung, einen nicht erfüllten Aussonderungsanspruch anficht, wenn er die Einrede der Zahlung oder des Erlasses beseitigt. Die Ungültigkeitserklärung genügt

auch, wenn die Anfechtung einer dinglichen Belastung an einer im Vermögen des Schuldners verbliebenen Sache (z. B. einer Hypothek, einer Realservitut) in Frage steht. Sarwey Anm. 1 zu § 30 S. 169; Stieglitz Anm. I. zu § 30 S. 173. Für die Fälle dagegen, wo es zur Wiederherstellung des vor der Rechtshandlung bestandenen Zustandes einer Leistung des Gegners bedarf, ist die Vorschrift des § 30 Abs. 1 aufgestellt. (Preuß. KO. § 106 Abs. 1.) Der Anfechtungsgegner hat danach zur Konkursmasse, das ist also zum Vermögen des Schuldners (Motiven zum Anf.-G. § 7 S. 664) zurückzugewähren, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist. Oder mit anderen Worten: was die Masse hätte, wenn die Handlung unterblieben wäre, ist ihr zurückzuführen. An Sachen, die der Schuldner im Eigenthum hatte, ist daher das Eigenthumsrecht des Schuldners (z. B. durch Umschreibung des Besitztitels bei Immobilien nach Sächsischem Recht) wieder herzustellen, und dem Konkursverwalter die Möglichkeit zu gewährleisten, daß er die Sachen verwalten und über sie verfügen kann. § 5 der Konkursordnung.

Gleichgültig ist, ob der Anfechtungsgegner die veräußerte Sache besitzt oder je besessen hat, er muß ihren Werth ersetzen. Vergl. § 26 Nr. 1 und Motiven S. 1429. Die Motiven entwickeln auch sonst zutreffend, worin die Rückleistungspflicht im einzelnen zu bestehen habe. Sie treffen hierin allenthalben mit dem zeitherigen Rechte überein (§ 29 I, 1, c und § 30 oben). In zwei Stücken insbesondere verweisen sie auf das einschlagende bürgerliche Recht. Einmal soll das letztere darüber entscheiden, in welchem Umfange der Anfechtungsgegner für die Früchte der zurückzugebenden Sache und für die mit ihr inzwischen vorgegangenen Veränderungen (casus, culpa, commodum) hafte (vergl. S. 167 und 168 oben). Stieglitz Bem. III. zu § 30 S. 175; Sarwey Anm. 2 a. E., Anm. 3 a. E. zu § 30 S. 169—171, vergl. jedoch hinsichtlich des casus Anm. 5 ib. S. 173 Z. 5 oben; Petersen Anm. 2 zu § 30 S. 165; A. A. Völderndorff Note 6 zu § 30 S. 344; Hartmann Anf.-Ges. S. 68. Sodann soll das bürgerliche Recht maßgebend sein, ob der Anfechtungsberechtigte statt der zurückzuübertragenden Sache, wenn diese beim Gegner nicht mehr vorhanden ist, den bei ihrer Veräußerung gewonnenen Erlös oder die Abtretung der auf den Erlös gerichteten Forderung beanspruchen könne. S. 168 oben. Ich glaube, daß auch sonst das bürgerliche Recht für Bestimmung des Maßes und Gegenstandes der Leistung zu Rathe zu ziehen ist. Insbesondere beantworten sich danach die S. 167 berührten Fragen

nach der Haftung mehrerer Theilnehmer an der Handlung und mehrerer Personen, welche für die Rückgewährung des nämlichen der Masse entfremdeten Gegenstandes aufzukommen haben. Vergl. z. B. Stieglitz Note b zu § 33 S. 184. Daß das Princip der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher den unredlichen Erwerber von der Anfechtbarkeit der auf denselben übertragenen Immobiliarrechte nicht zu befreien vermag, heben die Motiven nur zu § 23 S. 1415, 1416 besonders hervor; es versteht sich dies gegen jeden beim Eintragsakte mit der Mangelhaftigkeit des Eintragstitels Bekannten von selbst. Vergl. §§ 278, 463, 465, 1515 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs.

Uebrigens hat der Konkursverwalter bei klagweiser Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs gemäß § 230 Abs. 2 Z. 2 in seinem Klagantrage bestimmt auszudrücken, worin im concreten Falle die Leistung des Gegners bestehen solle. Er würde sich der Gefahr einer Klagabweisung aussetzen, wenn er sich z. B. auf den Antrag beschränken wollte, daß der Gegner zur „Rückgewähr" des Veräußerten verurtheilt werde. Motiven zu § 22 der Konkursordnung S. 1413 und zu § 9 des Anf.-Ges. S. 665.

2. Dauer der Haftung.

a) Das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters verjährt nach § 34 der Konkursordnung (die Preuß. KO. — vergl. Dernburg, Preuß. Privatrecht II. § 131 a. E. S. 297 — enthielt eine derartige Bestimmung nicht) in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens.

b) Die Berechnung der Jahresfrist richtet sich nach dem einschlagenden bürgerlichen Recht; dieses entscheidet auch über die Voraussetzungen einer Unterbrechung oder Sistirung der Verjährung und über die Dauer der Litispendenzverjährung. Denn die zeitliche Begrenzung der Ausübung des Anfechtungsrechts ist eine diesem Rechte anhaftende materielle Schranke, und es ist deshalb nicht gerechtfertigt, auf Grund des § 65 der Konkursordnung die lediglich auf prozessualische Fristen zu beziehenden Vorschriften in §§ 200 und 201 der Civilprozeßordnung auf die Frist des § 34 zu erstrecken. Sarwey Anm. 2 zu § 34 S. 184 mit Anm. 8 zu § 24 S. 147; Völderndorff Bem. b II. zu § 34 S. 364; Stieglitz S. 187; A. A. Petersen Bem. 1 zu § 34 S. 176.

Soweit die Unterbrechung durch gerichtliche Geltendmachung des Rechts (vergl. im übrigen Windscheid Bd. I. §§ 108 und 109, § 110 Note 2 c, Sächs. Bürg. Gesetzbuch §§ 162—169) in Frage kommt, muß der Konkursverwalter innerhalb der Jahresfrist Klage

erheben (§§ 230, 239, 235 der Civilprozeßordnung) oder in einer innerhalb der Frist anstehenden Verhandlung durch Vorschützung einer Einrede, Replik u. s. w., bez. Erhebung von Widerklage (§ 254 der Civilprozeßordnung) die Anfechtung ausüben. Wilmowski Anm. 4 zu § 22 S. 109.

Was die Berechnung selbst anlangt, so ist nach gemeinem und sächsischem Recht das Jahr von Datum zu Datum zu rechnen. Wird der Konkurs am 29. Februar eines Jahres eröffnet, so läuft die Verjährung am 28. Februar des folgenden Jahres ab; ist die Eröffnung am 28. Februar erfolgt und das nächste Jahr ein Schaltjahr, so endigt die Frist gemeinrechtlich mit dem 29. Februar, nach § 85 a. E. des Sächs. Gesetzbuchs mit dem 28. Februar.

c) Das Anfechtungsrecht erlischt mit der Verjährung vollkommen. Es bleibt die Verpflichtung des Gegners weder als blose Naturalobligation bestehen, noch haftet der Gegner über das Jahr hinaus bis zum Betrage der ihm aus der Rechtshandlung zugeflossenen Bereicherung. Motiven S. 1432; Mandry § 38, IV. und Note 29 S. 390, 391. Sehr fraglich erscheint, ob mit ausreichendem Grunde die Sicherheit des Anfechtungsgegners, mit welcher die Dauer der Frist von den Motiven gerechtfertigt wird, auch im Falle eines dolosen Verhaltens desselben (§§ 24, 33, 23 der KO.) die Bemessung der Frist auf das außerordentlich kurze Spatium eines Jahrs erheischt habe. Vergl. dagegen § 12 des Reichs-Anf.-Ges. und Motiven dazu S. 662.

3. Gegenansprüche des aus §§ 23, 24 und 33 der Konkursordnung Belangten.

a) Nach § 31 1. Satz der Konkursordnung ist die Gegenleistung des Anfechtungsgegners aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist. Demnach muß entweder die Gegenleistung unterscheidbar (in specie) in der Masse vorhanden sein, oder es muß der Werth der Gegenleistung (z. B. der Erlös der vom Konkursverwalter veräußerten Sache, oder die vom Verwalter erworbene Forderung auf den ausstehenden Erlös) Theil der Masse geworden sein. (Weiter ging § 107 der Preuß. KO., Dernburg, Preuß. Privatrecht II. § 131, 3 S. 296.)

Die Motiven S. 1429 rechtfertigen diese Vorschrift irrthümlich dadurch: mit der Ausübung der Anfechtung werde die in der Masse vorhandene vom Gegner geleistete Sache eine „fremde", der Gegner erwerbe daher einen Aussonderungsanspruch, und es basire § 31 1. Satz auf §§ 35, 38, 52 Nr. 3 der Konkursordnung. Mit Recht

widersprechen dieser auch von Völderndorff zu § 31 S. 349; Wengler S. 242 und Wilmowski Anm. 1 zu § 31 S. 126 getheilten Auffassung Sarwey Anm. 1 und 2 zu § 31 S. 174 flg.; Mandry § 38, II. 4, a S. 387; Stieglitz Bem. II. zu § 31 S. 178 flg. Die Geltendmachung der Anfechtung bewirkt nicht, daß das auf den Gemeinschuldner vom Anfechtungsgegner übertragene Eigenthum an der vom Letzteren geleisteten Sache an den Gegner zurückfällt. Die Anfechtung wirkt auch in dieser Richtung nicht ex tunc. Die Vorschrift des § 31 1. Satz läßt sich deshalb nur als die Gewährung eines Anspruches auf die in der Masse vorhandene Bereicherung, als eine dem Gegner zustehende condictio sine causa rechtfertigen. Der Rechtsgrund des Anspruches ist das rechtlose Haben der Sache oder ihres Werthes auf Seiten der Masse, nachdem der Konkursverwalter die Leistung des Cridars revocirt hat, und fällt daher ebensowohl mit Ziffer 1 als mit Z. 3 des § 52 zusammen. Sarwey knüpft daran die praktische Folge. Er meint, die in der Masse vorhandene Gegenleistung sei erst dann zurückzugeben, wenn das Ziel der Anfechtung in vollem Umfange erreicht ist, z. B. nicht dann, wenn der Gegenstand der Anfechtung infolge Bankerotts des Anfechtungsgegners nur nach Procenten zu erlangen gewesen ist; insoweit die Masse nicht befriedigt worden, besitze sie nicht ohne Rechtsgrund. Diese Konsequenz erscheint unhaltbar. Angenommen, der Gegner hatte dem Gemeinschuldner ein Pferd geleistet, welches im Augenblicke der Konkurseröffnung noch vorhanden ist, und dafür 3000 ℳ erhalten; der Verwalter ficht das Geschäft an, erlangt aber nur 2990 ℳ, so ist nach Sarwey die Masse zur Herausgabe des Pferdes nicht verpflichtet, weil sie wegen der nicht erlangten 10 ℳ das Pferd nicht ohne Rechtsgrund besitzt. Allein die Absicht des Gesetzes läuft darauf hinaus, daß hinsichtlich dessen, worum die Masse bereichert ist, dem Anfechtungsgegner gegenüber der status quo ante wiederhergestellt werde. Die blose Ausübung der Anfechtung, sie geschehe mit völligem oder nur theilweisem Erfolge, macht die Bereicherung der Masse zur ungerechtfertigten. Damit stimmt die absolute Fassung des § 31 1. Satz überein. (Gleicher Ansicht aus andern Gründen Völderndorff Note 4 zu §§ 31 und 32 S. 350.) Der Verwalter muß daher in dem obigen Falle das Pferd zurückgeben, selbst wenn er von dem Gegner nur 50 ℳ zu erlangen vermag. Um so mehr wird er vor der Geltendmachung der Anfechtung auf das sorgfältigste zu erwägen haben, ob sie der Masse auch Vortheil bringen werde.

Auch nach einer andern Richtung fordern die Motiven S. 1430 Widerspruch heraus. „Der Rechtsgrund der Anfechtbarkeit", lehren

sie, — — „liegt vor der Konkurseröffnung in dem Abschluß des anfechtbaren Geschäftes" und folgern hieraus, daß eine von dem Verwalter gemäß § 31 Satz 1 zu erstattende Bereicherung erst nach der Konkurseröffnung der Masse zugeflossen sein müsse. Indeß nach dem eben Ausgeführten bildet den Rechtsgrund, der dem Erstattungsanspruche des § 31 Satz 1 unterliegt, die vollendete Ausübung der Anfechtung, durch welche die causa der Bereicherung eine finita wird, Sarwey Anm. 4 zu § 31 S. 176 flg.; andrerseits enthält das Gesetz selbst eine derartige Einschränkung nicht. Die Worte: „soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist", lassen dahingestellt, auf welche Weise und zu welcher Zeit die Bereicherung der Masse entstanden ist. Präjudiciell ist nur, daß sie überhaupt vorhanden ist. Dies kann sie aber recht wohl sein, wenn die Bereicherung dem Vermögen des Gemeinschuldners schon vor der Konkurseröffnung zufloß und auf die Masse übertragen wurde. Wenn z. B. der Anfechtungsgegner dem Schuldner ein Pferd leistete, der Schuldner das Pferd verkaufte, den Preis als Darlehen hinausgab, und die Darlehensforderung Theil der Masse wird, so hat der Verwalter diese Darlehensforderung dem Anfechtungsgegner zu überlassen. Selbstredend ist es Sache des Gegners, daß er nachweist, in welcher Gestalt eine Bereicherung der Masse aus dem angefochtenen Geschäfte zur Zeit der Anfechtung besteht. Stieglitz Bem. II. zu § 31 S. 179; Mandry § 38 S. 387, 388.

b) Erhält der Anfechtungsgegner eine Gegenleistung gemäß § 31 1. Satz nicht, oder nur theilweise erstattet, so kann er nach dem 2. Satze des § 31 seinen darauf gerichteten Anspruch als Konkursforderung geltend machen (nicht als Masseforderung). Die Motiven meinen S. 1430, er könne dies nur, sofern nicht seine eigene Unredlichkeit nach bürgerlichem Recht einen Entschädigungsanspruch ausschließe. Diese Schranke besteht in Wahrheit nicht. Die Konkursordnung selbst behandelt das Geschäft, an welchem der aus §§ 24, 23 und 33 Belangte Theil genommen hat, nicht als ein an sich unredliches, nichtiges, sondern läßt gegen seine Wirksamkeit nur eine Anfechtung der Gläubiger zu. Sie derogirt insoweit jedem Landesrecht, welches das unredliche Gebahren des Anfechtungsgegners mit dem Mangel der Nichtigkeit behaftet sein ließ. Daß der Anfechtungsgegner trotz der ihm zum Delicte gegen die Gläubiger zugerechneten Kenntniß dem Gemeinschuldner etwas leistete, geschah daher nicht ob turpem causam und so, daß dem Leistenden selbst eine Unsittlichkeit zur Last fiel, welche ihm jedes Rückforderungsrecht abschneiden würde. Die Konkursforderung, die ihm § 31 Satz 2 zuspricht, beruht wiederum auf der Been-

digung der causa, auf welcher die in das Vermögen des Gemeinschuldners geflossene Leistung beruhte. Die causa fällt aber nur in Folge einer Anfechtung und weil ihre Aufrechterhaltung gegenüber den benachtheiligten Gläubigern eine Unbilligkeit wäre, dahin, nicht als ob sie schon an und für sich eine Gesetzwidrigkeit und Nichtigkeit enthielte. Anders die herrschende Meinung: Sarwey Anm. 4 zu § 31 S. 177, 178; Völderndorff Anm. e und Note 11 zu § 31 S. 353; Stieglitz Bem. III. zu § 31 S. 180; Mandry § 38, II. 4, b S. 388; Wilmowski Anm. 2 zu § 31 S. 127.

c) War mit der Leistung, welche der Anfechtungsgegner zurückgewähren muß, eine demselben gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung getilgt worden, so tritt seine Forderung (sammt allen Nebenrechten, z. B. sammt dem damit verbundenen Absonderungsrechte) wieder in Kraft. § 32 der Konkursordnung. Das ist die consequente Folge des in § 31 Satz 2 statuirten Grundsatzes, daß der Gegner den aus der Entkräftung des Geschäfts hervorgehenden Anspruch auf die dem Gemeinschuldner zu Theil gewordene Leistung als Konkursforderung geltend machen kann. Motiven zu §§ 31, 32 S. 1430.

d) Die bei b und c dargelegten Gegenansprüche erwachsen nur dem Anfechtungsgegner, welcher mit dem Gemeinschuldner selbst die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen hat. §§ 31 und 32 der Konkursordnung wollen ausschließlich den Fall treffen, daß die Konkursmasse aus der Leistung des Gegners Vortheile gezogen hat; das liegt nicht vor in Bezug auf die Gegenleistung, welche der Dritterwerber seinem Rechtsvorgänger gewährte. Welche Ansprüche der Dritterwerber in Folge der Durchführung der Anfechtung erlangt, regelt sich vielmehr nach dem einschlagenden Landesrecht. Danach ist insbesondere zu beurtheilen, ob er sich das Recht des unmittelbaren Geschäftsgenossen des Gemeinschuldners auf die in der Masse vorhandene Bereicherung oder eine demselben zustehende Konkursforderung abtreten oder hülfsrechtlich überweisen lassen darf. Die Grundsätze von der Entwährung werden ihm nicht zur Seite stehen, weil er bei der Eingehung des Geschäftes in Folge seiner eigenen mala fides das Recht des Entwährenden gekannt haben muß. Motiven zu § 33 S. 1431. Ungeachtet seiner allgemeinen Fassung findet auch § 32 der Konkursordnung nicht zu Gunsten des Dritterwerbers Anwendung, wie sich aus der entsprechenden Vorschrift des § 108 a. E. der Preuß. Konkursordnung ergiebt. Sarwey Anm. 2 zu § 32 S. 178, 179; Petersen Bem. 3 zu §§ 31 und 32 S. 170, 171; A. A. Völderndorff Anm. f III. zu §§ 31, 32 S. 354.

e) Die Gegenansprüche wegen Verwendungen des unredlichen Anfechtungsgegners bemessen sich nach bürgerlichem Recht. Vergl. § 29 I. 3 a S. 171 und § 1514 verb. §§ 312—318 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs.

4. Die Erben desjenigen, welcher aus §§ 23, 24 und 33 Abs. 2 der Konkursordnung belangt werden kann, haften in demselben Umfange wie der Erblasser. § 33 Abs. 1 der Konkursordnung. Ob sie der Haftpflicht aus ihrem eigenen Vermögen genügen müssen, oder den anfechtenden Verwalter auf die Kräfte des Nachlasses verweisen können, (§ 2382 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs), entscheidet sich nach dem einschlagenden bürgerlichen Recht. Motiven zu § 33 S. 1431.

II. Leistung des auf Grund des § 25 der Konkursordnung belangten Anfechtungsgegners.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe zufolge § 30 Abs. 2 der Konkursordnung (§ 106 Abs. 2 der Preuß. KO.) nur soweit zurückzugeben, als er durch sie bereichert ist.

Es fragt sich, welche Zeit für den Umfang der zu restituirenden Bereicherung maßgebend ist. In der Regel wird das der Zeitpunkt sein, in dem die Anfechtung im Wege der Klage, Widerklage oder sonst wider den Gegner ausgeübt wird. Wie aber, wenn der redliche Erwerber sich vorher von der Anfechtbarkeit seines Erwerbes überzeugte?. Die Motiven S. 1429 zu §§ 30—32 äußern hierüber:

> „Inwieweit der Geschenknehmer, damit er nicht weiter verfüge, schon durch einen früheren Akt in bösen Glauben versetzt werden kann, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Die Sonderbestimmung soll nur den redlichen Besitz und so lange dieser dauert, schützen."

In den Verhandlungen der Reichstagskommission kam man auf die Frage zurück. (Prot. S. 28, 29.) Ein Antrag (des Abgeordneten Grütering), zu Abs. 2 des § 30 hinzuzufügen: „so lange er im guten Glauben sich befand", wurde abgelehnt, dagegen von dem Regierungsvertreter darauf aufmerksam gemacht, daß es in dem Entwurfe der Gemeinschuldordnung (vergl. auch § 106 Abs. 2 der Preuß. KO.) geheißen habe: „als er durch sie noch bereichert ist," und dieses „noch" nach langen Verhandlungen gestrichen worden sei. Der Regierungsvertreter billigte mit Rücksicht hierauf (zwar in sehr vorsichtigen Worten: „er glaube die Frage im Sinne des Vorredners beantworten zu dürfen") die vom Abgeordneten Hullmann gemachte Bemerkung:

> „Er nehme an, daß es nicht bloß darauf ankomme, daß der Empfänger zur Zeit des Empfanges in gutem Glauben gewesen sei, vielmehr müsse die bona fides bis zu derjenigen weiteren Handlung

fortbestanden haben, durch welche er sich außer Stande gesetzt habe, die ganze Leistung zurückzugewähren. Wenn also z. B. der Empfänger anfänglich in bona fide war, nachmals aber in malam fidem gerieth und nunmehr veräußerte, so dürfte die Haftung nicht auf die Bereicherung beschränkt werden."

Das Gesetz selbst hebt über den Zweifel nicht hinweg. Der „gutgläubige Empfänger" kann ebensowohl heißen: der zur Zeit der Vornahme der anzufechtenden Rechtshandlung in gutem Glauben befindlich gewesene Erwerber, als der zur Zeit der Anfechtung noch in gutem Glauben befindliche. Würde das erstere anzunehmen sein, so würde der ursprünglich gutgläubige Empfänger trotz seiner zur Zeit der Anfechtung nachweisbar vorhandenen mala fides nur auf die noch vorhandene Bereicherung haften. Allein der Gesetzgeber scheint dies nicht gewollt zu haben. Der Regel nach soll der Anfechtungsgegner die Wiederherstellung des vor der angefochtenen Handlung bestehenden Zustandes vertreten. Das Gesetz privilegirt nur den Umfang der Haftung des Gutgläubigen, weil er in gutem Glauben ist, und weil es unbillig wäre, die den Gläubigern durch die unentgeltliche Verfügung des Gemeinschuldners angethane Unbilligkeit (vergl. S. 25) schlechthin auf Kosten eines Gutgläubigen zu repariren. Deswegen soll aus § 30 Abs. 2 aber Demjenigen kein Vortheil erwachsen, der den guten Glauben verloren, das ist die die Anfechtung rechtfertigenden Thatsachen eingesehen hat; diesem gegenüber soll die Regel des § 30 Abs. 1 gewahrt bleiben. Meines Erachtens entspricht daher der Grütering'sche Antrag der Absicht des Gesetzes, die Beschränkung der Haftpflicht nach § 30 Abs. 2 ist nur auf die Zeit zu beziehen, während welcher der redliche Glaube des Erwerbers andauert. Dann ist die Vorschrift des Abs. 2 des § 30 dahin zu formuliren: „Wer zur Zeit der Geltendmachung des Anfechtungsanspruches noch in redlichem Glauben ist, haftet, soweit er zu dieser Zeit noch bereichert ist. In Folge der Rechtshängigkeit des Anspruches wird er nach allgemeinen Grundsätzen von da an so behandelt, wie der unredliche Anfechtungsgegner vor dem Rechtsstreite. Stieglitz Bem. IV. 2 zu § 30 S. 176. Wer zwar zur Zeit der anzufechtenden Rechtshandlung in gutem Glauben sich befand, nachher aber von der Anfechtbarkeit seines Erwerbes sich überzeugte, hat das zu erstatten, worum er zur Zeit der Erlangung der mala fides bereichert gewesen ist."

Wurde ihm daher nach diesem Zeitpunkte die Erstattung seiner damaligen Bereicherung subjectiv unmöglich, z. B. wenn ihm die geschenkte Sache geraubt, gestohlen, verloren wurde, so haftet er auf den

Werth, den die Sache zur Zeit des Eintritts der mala fides hatte. Völderndorff bei und in Note 14 zu § 30 S. 347; Sarwey Anm. 5 zu § 30 S. 173 Z. 8 flg. von oben. Dasselbe gilt, wenn er nach dem nämlichen Zeitpunkte sich die Erstattung seiner damaligen Bereicherung durch eigene Handlungen, (z. B. durch Verbrauch, Vernichtung, Veräußerung der geschenkten Sache) unmöglich machte. Hullmann S. 155; Stieglitz Bem. IV. 1 l. c; Petersen Bem. 3 zu § 30 S. 167. Für einen nachher eingetretenen casuellen Untergang oder Verschlechterung des Gegenstands (objective Unmöglichkeit) haftet er wie der fraudis conscius nur, wenn der Zufall in die Zeit nach der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches fiel (vgl. S. 177, 168 oben. A. A. Sarwey S. 173.)

Worin die zu erstattende Bereicherung im einzelnen Falle besteht, ist nach bürgerlichem Recht zu beurtheilen. Vorzüglich Sarwey S. 173, 174; Stieglitz Bem. IV. 3 l. c S. 176, 177. Es liegt in ihrem Begriffe, daß der Empfänger, wenn der Werth der zur kritischen Zeit vorhandenen Bereicherung die ihm unmittelbar aus dem angefochtenen Geschäfte zugeflossene übersteigt, nur den Minderwerth der ursprünglichen Bereicherung zu leisten hat, z. B. nur den Kurswerth, welchen geschenkte Creditpapiere zur Zeit der Schenkung hatten, nicht den höheren, den sie zu der Zeit haben, welche für das Maß der zu erstattenden Bereicherung die ausschlaggebende ist. Völderndorff Anm. e a. E. zu § 30 S. 348; Sarwey l. c. S. 173.

Die Dauer der Haftung des redlichen Empfängers und der Uebergang seiner Verpflichtung auf seine Erben bestimmt sich conform mit dem unter I, 2 und 4 Ausgeführten.

V. Beweis.

§ 32.

a) Gemeines Recht.

Die Beweislast bei Durchführung des Anfechtungsanspruches vertheilt sich ausschließlich nach der allgemeinen Regel: Necessitas probandi incumbit ei, qui agit. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse VI. S. 154 flg.; Wetzell, System des ord. Civilprozesses, 3. Aufl. § 15 S. 143. Derjenige also, welcher die Anfechtung geltend macht, es sei agendo, excipiendo oder sonst, hat alle die Thatsachen zu beweisen, welche zur Begründung des Anspruches im einzelnen Fall von ihm angeführt werden müssen, und es besteht entgegen der älteren Theorie (vergl. Schey Note 29 S. 133) keinerlei rechtliche Vermuthung für das Vorhandensein eines wesentlichen Klagmomentes. Der Beweispflichtige hat daher darzuthun

1. die Vermögensentäußerung,

2. die Verkürzungsabsicht des Schuldners,

3. die Herbeiführung gänzlichen oder theilweisen Ausbleibens der Befriedigung von Gläubigern in Folge der Entäußerung und

4. entweder

a) die Mitwissenschaft des Anfechtungsgegners um die fraus des Schuldners, oder

b) die Schenkung, bez. den sonstigen Rechtsgrund, welcher den Gegner bis zum Betrage seiner Bereicherung haftbar macht, und das gegenwärtige Vorhandensein der condicirten Bereicherung.

Zu 2 und 4 a.

Der Beweis des animus fraudandi des Schuldners und der conscientia fraudis des Gegners ist hierbei ein besonders dornenvoller. Beide Momente sind sog. facta interna, rein innerliche Vorgänge. Die Feststellung des Beweisthema durch Beweisgründe, welche dasselbe unmittelbar ergeben ist, bei ihnen der Natur der Sache nach in der Regel ausgeschlossen, ihr Beweis daher nur künstlich durch das Beweisen anderer äußerer Thatsachen erbringlich, aus deren Existenz auf das Beweisthema geschlossen werden kann. Solcher Indicienbeweis wird aber wiederum höchstens als probatio minus plena beachtet. Wetzell l. c. § 21, 3 S. 195. Es ist deshalb erklärlich, wenn die Wissenschaft jeden Anhalt zur Erleichterung dieses Beweises hervorgekehrt hat.

a) Vor allem ist darauf hinzuweisen, daß ein besonders beweiskräftiges Indiz für das Vorhandensein der fraus des Schuldners die bewiesene Thatsache bildet, daß derselbe zur Zeit der Entäußerung sich seiner Ueberschuldung bewußt gewesen ist. Das geht unzweifelhaft aus den S. 92 flg. unter a, b ausführlich besprochenen Gesetzen (l. 10 D. 40, 9 qui et a quibus man., l. 6 § 11 und 12 D. h. t. 42, 8) hervor, welche zeither nur zur Stützung der dort widerlegten Meinung in das Feld geführt zu werden pflegten. Aber mehr als ein Indiz für den dolus des Schuldners stellt auch jene Thatsache nicht dar. Nur regelmäßig, nicht nothwendig gestattet sie einen Rückschluß auf den zu beweisenden dolus. Andere sie begleitende Umstände, z. B. wenn die Veräußerung glaubhaft in der zuversichtlichen Erwartung einer dadurch herbeizuführenden Beseitigung der Insolvenz erfolgte, können jenen Rückschluß verbieten. Windscheid II. § 463, 2 bei und in Note 10; Keller § 370 S. 694; Bayer, Konkursprozeß § 20 Note 4; Dabelow S. 411. Gewiß gehen deshalb Kori Note 172 zu § 41 und Curtius § 584 (vergl. auch die bei Da-

below S. 410 Note 1 Angeführten) mit der Behauptung zu weit, es sei, um den dolus des Schuldners zu beweisen, schon genug, wenn die zur Zeit der Veräußerung schon vorhandene Insolvenz dargethan werde. Deren braucht der Schuldner sich doch nicht einmal bewußt zu sein! Andererseits können Anzeichen, welche aus der Beschaffenheit des einzelnen Vorganges, aus dem Inhalte des Geschäftes, z. B. Einräumung besonders lästiger Bedingungen, aus dessen Abschlusse mit einem nahen Verwandten, aus einer auffälligen Verheimlichung der Einfädelung und Abwicklung des Geschäfts, zu entnehmen sind, und ähnliche dem Richter die Ueberzeugung von dem animus fraudandi nahe legen (Bauer § 3 zu dec. XXV. v. 1746): Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. c. 6 Cod. 2, 21 de dolo malo.

Einen solchen Fall, wo die Gestaltung der Sachlage die Verkürzungsabsicht erkennen läßt, behandelt die l. 17 § 1 D. h. t. 42, 8. Obwohl ein Beweis dafür, daß der Schuldner das consilium fraudandi gehabt habe, nicht vorgelegt wird, sagt hier Julian, so ist doch von demjenigen, welcher ungeachtet seiner Wissenschaft, er habe Schulden, seine gesammte Habe veräußert, ohne weiteres faktisch anzunehmen, daß er die Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gehabt hat. Eine Rechtsvermuthung wird damit auch in Anwendung auf den Fall der l. 17 § 1 nicht aufgestellt. Dabelow S. 411; Huschke S. 35; Göschen Bd. II. Abth. 2 § 630 Z. 2; Meischeider S. 85; Motiven zu § 25 der KO. S. 1422; Seuffert's Archiv Bd. XI. Nr. 106 S. 154, Oberappellationsgericht Darmstadt 1850; entgegen Franke S. 129; Bayer, Konkursprozeß § 20 Note 4 a. E. und Mankiewicz S. 58, sowie Seuffert's Archiv Bd. XXXIII. Nr. 91, 1874 Oberappellationsgericht Lübeck; Bd. XXVIII. Nr. 91 Oberappellationsgericht Berlin 1871, Bd. XVI. Nr. 273 Oberappellationsgericht Lübeck 1863.

Endlich giebt eine Aeußerung Puchta's (Vorlesungen § 380) zu Zweifeln Anlaß: „die fraus des Schuldners wird vermuthet, wenn nachher der Konkurs eröffnet wird.“ Meint Puchta, es streite um der Konkurseröffnung willen eine praesumtio juris für die fraus? So verstehen ihn die Motiven zu Tit. 3 des I. Buchs der Konkursordnung S. 1408 bei Note 7 und 8. Für diese Ansicht würde es an jedem quellenmäßigen Anhalt fehlen. Oder will Puchta sagen, die nachmalige Konkurseröffnung begründe wenigstens ein faktisches Anzeichen für die fraus? Auch das würde in dieser Allgemeinheit unhaltbar sein; die bloße Thatsache der Konkurseröffnung könnte höchstens als ein ganz entferntes und an sich unzuverlässiges Indiz in Betracht kommen.

b) Der Beweis der conscientia fraudis unterliegt denselben Schwierigkeiten, vergl. § 19 S. 111 oben; Dabelow S. 416. Ein gewichtiges Anzeichen kann indeß der anfechtende Theil daraus entnehmen, daß der Gegner vor seiner Betheiligung an der fraudulosen Veräußerung „eine bezeugte Warnung erhalten" hatte. l. 10 § 3 D. h. t. 42, 8. Daß der Gewarnte nichts destoweniger in gutem Glauben geblieben sein kann, und daß zufolge der Warnung erst recht nicht, wie Günther S. 782 Nr. 2 will, eine rechtliche Vermuthung der conscientia fraudis begründet wird, ergiebt sich aus dem Schlusse des § 3 cit.: Et magis est, ut teneri debeat. Schönemann S. 41; Holzschuher Bd. III. S. 1066. A. A. Mankiewicz S. 43 und 58.

Zu 3. Wesentlich einfacher stellt sich der Beweis des eventus fraudis. Die Benachtheiligung der Gläubiger ist, wie in § 24, 2 S. 140 gezeigt wurde, mit der Eröffnung des Konkurses von selbst gegeben. Sie ist deshalb auch bewiesen mit dem Nachweise des decretum de aperiundo concursu, welcher, wenn die Geltendmachung der Anfechtung in den Händen des Gütervertreters liegt, durch die Vorlegung des ihm ertheilten Pflichtscheines geliefert ist.

Zu 4 b. Für die Darlegung, daß der Anfechtungsgegner noch zur Zeit der Anfechtung aus der Rechtshandlung bereichert sei, genügt der Nachweis, daß ihm ursprünglich aus dem Geschäfte eine Bereicherung in dem vom Anfechtenden in Anspruch genommenen Betrage zugeflossen ist. Obwohl der Gegner nur bis zum Maße der gegenwärtig bei ihm vorhandenen Bereicherung haftet, so ist für die Entstehung des Condictionsrechts der Gläubiger doch schon die Thatsache seines Bereichert-Werdens rechtsbegründend gewesen, und es streitet deshalb zwar nicht eine juris praesumtio, wohl aber eine gesetzliche Annahme im Sinne Wächter's Beilage XXXIII. zu Pandektenvorlesungen dafür, daß die ursprüngliche Bereicherung noch dermalen fortdauere. Sache des Gegners ist es, die Minderung oder das Aufhören der ihm unmittelbar zu Theil gewordenen Bereicherung durch den Nachweis der Veränderungen darzuthun, welche mit dem Gegenstande derselben in der Zwischenzeit sich zugetragen haben; der Anfechtende würde ohnehin, von eigenen Bekenntnissen des Gegners abgesehen, in den seltensten Fällen den Nachweis zu erbringen im Stande sein, ob und in welcher Gestalt die dem Geschäftsgenossen des Cridars zugeflossenen Objecte noch in dessen Vermögen sich befinden. Savigny Bd. IV. S. 177; Sintenis Bd. II. § 109 Note 103; Vangerow Bd. III. S. 420 flg. (der 6. Aufl.).

§ 33.

b) Sächsisches Recht.

Das thema probandum des anfechtenden Theils vermehrt sich im sächsischen Recht um den Beweis des Erfordernisses, daß der Gemeinschuldner zur Zeit der Vermögensentäußerung überschuldet war oder sich durch dieselbe insolvent machte. Dieser Beweis könnte an sich nur durch eine Uebersicht des zur Zeit der Veräußerung vorhanden gewesenen Vermögensbestandes des Gemeinschuldners (status activus et passivus) geliefert werden. Die Spruchpraxis forderte freilich eine solche probatio diabolica nicht (Völderndorff Note 12 zu § 24 S. 290) — selbst der Schuldner würde oft beim besten Willen zur Klarlegung seiner Unterbilanz zur kritischen Zeit außer Stande sein, geschweige denn ein Dritter! Man begnügte sich mit dem Beweise solcher Thatsachen, welche gemeinhin auf den Abfall der Nahrung zur Zeit der Veräußerung schließen lassen, vor allem der fruchtlosen Vollstreckung der Hülfe in sein Vermögen um die Zeit der Veräußerung, der Einstellung der Zahlungen, der übermäßigen Belastung seiner Grundstücke mit Hypotheken und dergl. Der Nachweis dagegen, daß der Schuldner zu einer den Umständen nach wesentlich späteren Zeit insolvent gewesen ist, läßt nicht den Schluß zu, daß er auch zur Zeit der Veräußerung sich in Abfall der Nahrung befand. Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Dresden A. F. Bd. VII. S. 90, 91; N. F. Bd. IX. S. 188 flg.; Günther S. 780; Siebenhaar, Lehrbuch § 453 S. 719.

Ebenso stellte man an den Beweis des animus fraudandi des Schuldners und der conscientia fraudis des Anfechtungsgegners wenig strenge Anforderungen. Man brach insoweit — mehr zweckmäßig, als dem objectiven Recht entsprechend — mit der formalistischen Beweistheorie des sächsischen Prozesses und bezweifelte nicht die volle Kraft eines gelungenen Indicienbeweises, sich der Auferlegung eines richterlichen Eides entrathend. Insbesondere hat man den Beweis in den nicht seltenen Fällen als erbracht angenommen, wo ein Ehegatte mit dem Bewußtsein, fällige Schulden zu haben, seine gesammte Habe und selbst die unentbehrlichsten Stücke (Hemden, Kleider u. s. w.) an den andern Ehegatten veräußert hatte. So wurde ein guter Theil freier Beweiswürdigung in den Rahmen des früheren Prozeßverfahrens hineingetragen. Vergl. z. B. Wengler's Archiv I. S. 570 flg., 575, II. S. 450, 451, 455, 456; Siebenhaar, Lehrbuch l. cit.; Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Dresden N. F. Bd. III. S. 130, IX. S. 238 flg. und II. F. Bd. I. S. 284, 285.

Die Beweiserleichterungen, welche die decisio XXV. vom Jahr 1746 (§ 5 S. 34) — vergl. Gottschalk, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. III. S. 231, 232; Bauer § 29 zu dec. XXV. — und § 15 des geschärften Mandats wider die Banqueroutiers vom 20. December 1766 — Schmidt, Vorlesungen, Bd. II. § 153, II. c. S. 58, 59 — durch Aufstellung von unwiderleglichen Rechtsvermuthungen geschaffen hatten, waren seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches hinweggefallen, vergl. § 22, 1 S. 127.

Der Beweis der gegenwärtigen Bereicherung des Anfechtungsgegners (§ 1517 des BGB.'s) kann sich wie nach gemeinem Recht (§ 32, 4 b S. 188 oben) auf das Darthun der rechtsbegründenden Thatsache (§ 171 des BGB.'s) beschränken, daß und um welchen Gegenstand ursprünglich der Gegner durch das Geschäft unmittelbar bereichert worden ist. Den Gegner trifft die Beweislast für die Einrede, daß die vormals zugeflossene Bereicherung sich gemindert oder aufgehört habe. Wengler's Archiv Bd. III. S. 312 flg., 806 flg., 809 flg. und die Citate S. 312, 806; Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Dresden N. F. Bd. IX. S. 163.

§ 34.

c) Deutsche Konkursordnung.

Den Konkursverwalter trifft regelmäßig die Pflicht, sämmtliche anfechtungsbegründende Thatsachen zu beweisen. Das, was er behaupten muß, hat, von bestimmten Ausnahmen abgesehen auch den Inhalt seiner Beweisführung abzugeben. Die Konkursordnung spricht diesen Satz zwar nicht ausdrücklich aus; er ergiebt sich aber ohne weiteres aus der Veränderung der Beweislast, welche sie unter gewissen Voraussetzungen statuirt.

Der Schwierigkeiten, welchen die Beweisführung im gemeinen und sächsischen Prozeß in Folge der formalistischen Beweistheorie unterlag, ist der Verwalter durch das in § 259 der Civilprozeßordnung adoptirte Princip der freien richterlichen Würdigung der Beweise überhoben. Vergl. Preuß. Konkursordnung § 111 und Preuß. Anf.-Ges. § 17. Die Verkürzung der Gläubiger bedarf keines besonderen Beweises (Motiven zu Buch I. Tit. 3 S. 1411), da die Eröffnung des Konkursverfahrens zur Voraussetzung hat, daß der Schuldner außer Stande ist, die Befriedigung seiner Gläubiger vollständig oder rechtzeitig zu bewirken. Dem Anfechtungsgegner bleibt indeß der Gegenbeweis vorbehalten, daß der Schuldner in Wahrheit zahlungsfähig im Sinne des § 94 der Konkursordnung [bez. sein Nachlaß nicht überschuldet § 202]

ist, die Ansprüche der Gläubiger daher nicht verletzt sind und vielmehr der Konkurs nicht zu eröffnen gewesen wäre. Stieglitz, Vorbem. D. S. 122; Völderndorff Note 13 zu § 24 S. 290, 291. Ist der Konkurs wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eingeleitet worden, obwohl sein Vermögen sufficient war, so befreit den Gegner nicht der Nachweis der Sufficienz. Denn trotz derselben ist nach der Anschauung der Konkursordnung eine Verletzung der Gläubiger durch den Mangel parater Zahlungsmittel bewirkt, vergl. § 24, 2 oben S. 141; der Verwalter darf daher ungeachtet jenes Nachweises das Entäußerte, wenngleich mit der in § 28 Z. 1 S. 165 hervorgehobenen Schranke, revociren. Hullmann Anm. 5 zu § 22 S. 136.

Der Beweis der gegenwärtigen Bereicherung des Anfechtungsgegners richtet sich nach den in § 32 S. 188, § 33 S. 190 entwickelten Grundsätzen. Sarwey Anm. 5 zu § 30 S. 174; Stieglitz Bem. IV. 3 zu § 30 S. 177; Petersen Bem. 3 a. E. zu § 30 S. 168 und Entsch. des Reichs-OHG.'s Bd. XVI. S. 166, 167 (auf § 106 der Preuß. KO. bezüglich).

Nicht unbemerkt mag bleiben, daß dem Verwalter nach § 410 der Civilprozeßordnung auch freisteht, über die innere Thatsache der Kenntniß des Gegners von der Konkursmäßigkeit oder von der fraus des Schuldners (§§ 23, 24 Z. 1 und 33 Abs. 2 Z. 1 der KO.) sich der Eideszuschiebung zu bedienen.

Die vorangestellte Regel wird von der Konkursordnung durch drei erhebliche Ausnahmen durchbrochen:

I. Hat der Gemeinschuldner nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor einem dieser beiden Zeitpunkte Rechtshandlungen vorgenommen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die der Begünstigte nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, so beschränkt sich die Beweislast des Konkursverwalters auf den Nachweis, daß dem Anfechtungsgegner gegenüber eine derartige Rechtshandlung innerhalb der kritischen Zeit erfolgt ist. § 23 Z. 2 der Konkursordnung (§ 101 der Preuß. KO.). Die objective Bevorzugung, welche der Gegner durch die bezeichneten Akte erfährt, in Verbindung mit dem kurzen Zeitraum, welcher zwischen der Rechtshandlung und dem Zutagetreten der Konkursmäßigkeit des Schuldners inneliegt, begründen zu Gunsten des Anfechtenden eine Rechtsvermuthung des wissentlich-widerrechtlichen Gebahrens des bevorzugten Konkursgläubigers. Motiven zu § 23

S. 1417—1421. Und zwar streitet hier für die Unredlichkeit des Gegners in doppelter Richtung die Präsumtion.

a) Geschah die fragliche Rechtshandlung in den zehn Tagen **vor** der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage, so konnte dem Gegner die mit der Kenntniß dieser Akte gegebene Verschuldung (§ 20 S. 117 flg.) überhaupt nicht zur Last fallen. Alsdann geht die Vermuthung dahin, daß er fraudis conscius gewesen ist, das ist, daß der Schuldner bei der Rechtshandlung die Absicht gehabt habe, seine übrigen Gläubiger durch Begünstigung des Bevorzugten zu benachtheiligen, und der Gegner selbst diese Absicht des Schuldners gekannt habe. Die subjectiven Erfordernisse des § 24 der Konkursordnung werden mithin bis zum Beweise des Gegentheiles als dargethan betrachtet. Wenn hierbei die Konkursordnung die Verkürzungsabsicht des Schuldners nicht mit den Worten des § 24: „die Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen", sondern dadurch wiedergiebt: „die Absicht des Gemeinschuldners, ihn (den Konkursgläubiger) vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen", so liegt darin nicht eine materielle Abweichung von dem delictischen Thatbestande des § 24. Die „Begünstigungsabsicht" des § 23 Z. 2 ist nur der der Natur der in § 23 Z. 2 betroffenen gratificatorischen Akte entsprechende specielle Gehalt der generellen „Benachtheiligungsabsicht" des § 24.

b) Weiter noch geht die in § 23 Z. 2 statuirte Vermuthung, wenn die fragliche Rechtshandlung **nach** der Zahlungseinstellung oder **nach** dem Eröffnungsantrage erfolgte. Sie streitet dann nicht bloß dafür, daß auf Seiten des Gegners die subjectiven Erfordernisse des § 24 bei der Rechtshandlung erfüllt gewesen sind, sondern auch dafür, daß ihn die in § 23 Z. 1 vorgesehene Verschuldung treffe, das ist, daß er die Thatsache der erfolgten Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrages bei seiner Betheiligung an dem gratificatorischen Akte gekannt hat.

Sache des Gegners ist es,

zu a) die Negative darzuthun, daß entweder dem Gemeinschuldner die Begünstigungsabsicht gefehlt habe, oder daß er, der Gegner, zur Zeit des ihn begünstigenden Aktes keine Kenntniß von der fraus gratificatoria des Schuldners gehabt habe. Die erstere Alternative wird z. B. ausgeschlossen sein, wenn der Schuldner wußte, daß seine Zahlungseinstellung oder ein Antrag auf Konkurseröffnung zu seinem Vermögen unmittelbar bevorstehe; aus welchem Grunde sollte er dann noch den Konkursgläubiger, welcher keinen Anspruch darauf hatte, sichern oder befriedigen, als in der Absicht, denselben vor seinen übrigen Gläubigern zu begünstigen? **Völderndorff** Anm. o

zu § 23 bei Note 60 S. 286. Ebenso ist die zweite Alternative unbeweisbar, wenn der Gegner um die bezeichnete Wissenschaft des Schuldners wußte. Andrerseits wird die Abwesenheit der Begünstigungsabsicht auf Seiten des Schuldners und der Mangel der Kenntniß dieser Absicht auf Seiten des gesicherten oder befriedigten Konkursgläubigers dem Richter leicht einleuchten, wenn die Sicherung oder Befriedigung im Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgte. Denn, wenn auch der Gläubiger die Fortsetzung des Rechtsstreits mit besonderer Energie betrieb, so gebricht es doch einer thatsächlichen Vermuthung zufolge auf Seiten des Schuldners an der Begünstigungsabsicht, wenn dieser (vielleicht sehr zu seinem Nachtheile und unter Umständen, welche ihn selbst zur sofortigen Stellung eines Eröffnungsantrages veranlassen,) die Vollstreckung über sich ergehen lassen und durch einen ihm octroyirten Stellvertreter, den Gerichtsvollzieher oder das Gericht, die Sicherung oder Befriedigung geschehen lassen muß, vergl. § 15 S. 189 flg. oben. In diesen Fällen wird deshalb die richterliche Ueberzeugung von der Redlichkeit des Anfechtungsgegners nach Lage der Sache zumeist hergestellt sein, sofern nicht besondere den Schuldner oder den Gegner gravirende Umstände zu Tage treten, (z. B. freiwilliges Erscheinen derselben vor Gericht und Anerkenntniß der demnächst durch Hülfspfandrecht gesicherten Schuld seiten des Ersteren zur Herbeiführung vorläufiger Vollstreckbarkeit, § 648 Nr. 1 der Civ.-PO.). Hullmann Anm. 13 zu § 23 S. 143.

Zu b) muß der Gegner neben der einen oder der andern der zu a) gedachten Negativen die anderweite Negative beweisen, daß er das Hervortreten der Konkursmäßigkeit des Schuldners, also je nachdem der Verwalter die frühere Zahlungseinstellung oder die Einbringung des Eröffnungsantrages oder beides neben einander erwiesen hatte, diese in Gewißheit gesetzten Thatsachen zur Zeit seiner Betheiligung an dem begünstigenden Akte nicht gekannt habe. Sarwey Anm. 14 zu § 23 S. 141; Hullmann Anm. 8 zu § 23 S. 141; Stieglitz Bem. VI. 3 zu § 23 S. 144; Völderndorff Anm. o zu § 23 S. 285, 286.

Im einzelnen sind folgende Punkte hervorzuheben:

1. Wegen der Thatsachen der Zahlungseinstellung und des Eröffnungsantrages ist auf das in § 20, 2 S. 118, 119 Gesagte Bezug zu nehmen. Die materiell-rechtliche Frist der zehn Tage vor diesen Ereignissen ist nach dem einschlagenden bürgerlichen Recht, und ungeachtet des § 65 der Konkursordnung nicht gemäß §§ 199, 201 der Civil-Prozeßordnung zu berechnen. Nach gemeinem und sächsischem

Recht (Windscheid I. § 103, 2, a; Wächter II. § 121, III. 2, a S. 828; § 87 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs) ist sie daher a die ad diem (nicht a momento ad momentum) zu zählen und ihr erster Tag der Kalendertag, welcher dem Tage vorausging, an dem die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag sich ereignete. Stieglitz Bem. VI. 1 zu § 23 S. 140; Hullmann Anm. 9 zu § 23 S. 141; Völderndorff Anm. m zu § 23 S. 281; A. A. Sarwey Anm. 10 zu § 23 S. 135, 136.

2. Der Begünstigungsakt. Während die preußische Konkursordnung § 101 einzeln herausgehobene Akte als Begünstigungshandlungen charakterisirte, wird in § 23 Z. 2 der Konkursordnung die principielle Natur des gratificatorischen Aktes allgemein als die Gewährung einer (rechtlich oder klagbar) nicht zu beanspruchenden Befriedigung oder Sicherung bezeichnet; und zwar darf der Konkursgläubiger zur Zeit des Beginnes der kritischen Zeit des § 23 Z. 2 auf die Sicherung oder Befriedigung, welche ihm zu Theil wird, entweder überhaupt nicht, oder nicht in der Art, oder nicht zu der Zeit einen vollgültigen, erzwingbaren Anspruch (Titel) haben.

a) Die Erfüllung einer Naturalobligation, und die Erfüllung einer suspensiv bedingten Schuld vor dem Eintritt der Bedingung sind Akte einer Befriedigung, welche der Gläubiger nicht erzwingen kann, und im Sinne des § 23 Z. 2 überhaupt nicht zu beanspruchen hat. Unter die nämliche Kategorie [ebensowohl aber auch unter die unentgeltlichen Verfügungen des § 25 der KO.] fällt die Leistung einer anfechtbaren Schuld, z. B. die Zahlung einer verjährten Forderung, und die Tilgung einer nichtigen Schuld dann, wenn nach dem einschlagenden bürgerlichen Recht die Rückforderung des zur Tilgung dieser Schuld Geleisteten ausgeschlossen ist, z. B. wenn nach sächsischem Recht die Ehefrau eine ohne die Genehmigung ihres Ehemannes eingegangene Verbindlichkeit erfüllt (§ 1641 a. E. des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs). Zur Beseitigung der Tilgung einer andren nichtigen Schuld steht dem Verwalter schon die gewöhnliche condictio sine causa des bürgerlichen Rechts zu Gebote. (§ 1547 des Sächs. Gesetzbuchs).

Hierher gehört auch das constitutum debiti, oder ein Anerkenntnißvertrag (§ 1397 flg. des Sächs. Gesetzbuchs) oder die Eingehung einer wechselrechtlichen Verbindlichkeit, sofern dem Gläubiger dadurch ein Recht auf eine Leistung, die er zeither nicht beanspruchen konnte, oder auch nur eine Verstärkung eines begründeten Rechtes zugestanden wird.

b) Nicht in der Art steht dem Gläubiger ein Befriedigungsanspruch zu, wenn er aliud pro alio (an Stelle des primär in obli-

gatione befindlichen Gegenstandes) gewährt erhält. Das trifft vor allem bei der Hingabe von Sachen oder der Abtretung von Forderungen an Zahlungsstatt zu. Ist die erstere in gewissen Fällen üblich oder Handelsbrauch, z. B. (nach dem Zeugnisse der Motiven S. 1419) „bei Kommissionären, welche Rohstoffe, die sie zum Verkauf in Kommission erhalten, an Fabrikanten verkaufen und dagegen die Fabrikate, die sie von diesen erhalten, ihren Kommittenten auf den Kaufpreis der Rohstoffe in Zahlung geben", so wird der dem Anfechtungsgegner obliegende Gegenbeweis, daß der Schuldner ohne Begünstigungsabsicht gehandelt habe, in der Regel mit der Darlegung jenes Handelsbrauchs oder einer sonstigen zwischen den Betheiligten hergebrachten Gepflogenheit dieser Tilgungsart hergestellt sein. Der Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt wird es zumeist vollkommen gleichstehen, wenn das Geschäft in die Form eingekleidet wird, daß der Schuldner an den Gläubiger Sachen verkauft, und die Kaufpreisforderung gegen die Forderung des Gläubigers aufgerechnet wird. Hullmann Anm. 12 a. E. zu § 23 S. 142. Ferner ist hierher zu ziehen der Abschluß eines Compensationsvertrages zu gegenseitiger Aufhebung incompensabler Forderungen und die Befriedigung des Gläubigers durch Novation in der Weise, daß an Stelle der alten Schuld eine neue, z. B. eine Wechselschuld geschaffen wird. Hatte der Schuldner das Recht, statt des in obligatione befindlichen Gegenstandes, dessen Leistung allein der Gläubiger hätte im Klagwege erzwingen können, mit tilgender Kraft ein andres Object zu leisten, — sog. facultas alternativa, — z. B. das Recht der noxae datio eines Hausthieres (§ 1561 des Sächs. Gesetzbuchs), vergl. Wächter II. § 33, 4 S. 198 flg., so kann der Gläubiger die Befriedigung in dieser Form annehmen, ohne der Anfechtung aus § 23 Z. 2 ausgesetzt zu sein. Die Ausübung der facultas dient nicht zu objectiver Begünstigung des Gläubigers, sondern ist ein Privileg des Schuldners, dem sich der Gläubiger nicht entziehen kann; er wird daher nur nach § 23 Z. 1, 2. Thl. haftbar. Stieglitz Bem. V. 2 a. E. S. 139. Ebensowenig fällt unter § 23 Z. 2, wenn der Gläubiger in Folge des Empfanges einer Anweisung von dem Schuldner des Gemeinschuldners als Angewiesenem befriedigt wird. Denn die Befriedigung, wenn der Gläubiger sonst auf sie zu der Zeit Anspruch hat, erfolgt in diesem Falle durch einen Beauftragten des Cridars mit derselben Wirksamkeit wie durch den Cridar selbst. A. A. Stieglitz Bem. VI. 2, c S. 142; VII. S. 144.

c) Eine Befriedigung, welche der Konkursgläubiger nicht zu der Zeit beanspruchen darf, wird ihm durch die Tilgung einer noch nicht

fälligen Schuld gewährt. Gleichgültig ist, ob die Fälligkeit der berichtigten Schuld noch in der kritischen Zeit des § 23 Z. 2 eingetreten sein würde: der Gläubiger, dessen Forderung am 15. December fällig wird, muß, so hart dies scheinen mag, die ganze Zahlung erstatten, wenn er am 11. December Befriedigung annahm und der Schuldner darauf am 20. December mit dem Konkurseröffnungsantrage einkam. A. A. Völderndorff Anm. n I. und Note 52 zu § 23 S. 282. Ebenso ist der Gläubiger der Anfechtung aus § 23 Z. 2 ausgesetzt, wenn er nicht schon bei Beginn des kritischen Zeitraumes einen Anspruch darauf erworben hatte, daß die Schuld zu der Zeit, zu welcher sie schließlich gezahlt wurde, getilgt werde, das ist also, wenn er erst während jenes Zeitraums den bezeichneten Anspruch erwirbt. Deshalb vermag ihn ein in die kritische Zeit fallender Vertrag über die Abkürzung der Verfallzeit nicht zu befreien. Andrerseits greift nicht § 23 Z. 2, sondern Z. 1, 2. Thl. Platz, wenn vor der kritischen Zeit vereinbart war, daß der Gläubiger zur Herbeiführung der Fälligkeit kündigen dürfe, derselbe dann während jener Zeit von der Kündigung Gebrauch macht und nach Ablauf der Kündigungsfrist die Zahlung in Empfang nimmt. Hullmann Anm. 11 a. E. zu § 23 S. 142; Stieglitz Bem. VI. 2 a a. E. S. 141. Schiebt der Gläubiger den Eintritt der Fälligkeit durch Vertrag mit dem Schuldner hinaus, so hindert ihn dieser Vertrag an früherer Annahme der Zahlung, selbst wenn er während der kritischen Zeit des § 23 Z. 2 geschlossen wurde; der Anspruch, die Tilgung der Schuld vor dem prorogirten Termine zu verlangen, war endgültig aufgehoben. Selbstverständlich muß auch die vorzeitige Tilgung einer Wechselschuld dem § 23 Z. 2 unterliegen. Verliert der Gläubiger dadurch seine Regreßrechte, so hat er sich das selbst zuzuschreiben. Sarwey Anm. 12 a. E. S. 137.

d) Der Gläubiger wird ohne einen entsprechenden Anspruch gesichert, wenn der Schuldner ihm ein Retentionsrecht, vor allem das in Art. 313—316 des Handelsgesetzbuchs vorgesehene kaufmännische Zurückbehaltungsrecht einräumt, oder ihn in die Lage versetzt, daß ihm die jederzeitige Befriedigung wegen seiner Forderung möglich ist, z. B. durch Creditirung des Preises von Waaren, welche dem Gläubiger die Befugniß zur Aufrechnung gegen seine Forderung verleiht.

Unter welchen Bedingungen die dem Konkursgläubiger zu Theil gewordene Sicherung durch vertragsmäßiges oder hülfsrechtliches Pfandrecht dem § 23 Z. 2 anheimfalle, ist bereits in § 14 S. 83, 84 und in § 15 a. E. S. 91 ausführlich dargelegt worden.

Die Sicherung eines Wechselgläubigers in Gemäßheit der Art. 26

29, 98 Nr. 4 der Wechselordnung Mangels Annahme oder wegen Unsicherheit unterliegt nicht dem § 23 Z. 2, sondern dem § 23 Z. 1, 2. Thl., da dem Gläubiger kraft Gesetzes ein wechselrechtlicher Anspruch darauf zusteht.

Zu dem Begriff: „Konkursgläubiger" vergl. § 20, 3, b, α S. 120.

3. Nach dem Wortlaute des § 26 der Konkursordnung muß es sehr fraglich erscheinen, ob der Ausschließungsgrund des § 26 auch auf § 23 Z. 2 der Konkursordnung zu beziehen sei. Denn § 23 Z. 2 beruht seinem Rechtsgrunde nach nicht bloß auf der präsumirten Kenntniß des befriedigten oder gesicherten Gläubigers von der Zahlungseinstellung des Schuldners, sondern daneben oder, was die in den 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung erfolgten Begünstigungen anlangt, sogar ausschließlich auf der präsumirten Kenntniß des Gläubigers von der Begünstigungsabsicht des Schuldners. Gleichwohl glaube ich, daß nach § 26 auch die letztere Vermuthung cessiren soll, wenn der Verwalter eine Begünstigungshandlung anficht, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt ist, obwohl die Handlung nach dem vom Verwalter gelieferten Nachweise von der Zahlungseinstellung des Schuldners in die kritische Zeit des § 23 Z. 2 hineinfiel. Der Gesetzgeber hat in § 26 nach dessen Motivirung S. 1425 weniger gesagt, als er hat sagen wollen. Er hat beabsichtigt, zu dem Zwecke der Anfechtung einer sechs Monate vor der Konkurseröffnung zurückliegenden Rechtshandlung jede Bezugnahme des Verwalters auf eine Zahlungseinstellung des Schuldners abzuschneiden. Der Einfluß, welchen die Thatsache der Zahlungseinstellung für die Anfechtbarkeit der vor der sechsmonatlichen Frist vorgefallenen Rechtshandlung nach den sonstigen Vorschriften der Konkursordnung an sich äußern würde, soll vollkommen bei Seite gesetzt sein. Ist der Konkurs am 17. November eröffnet worden, und weist nun der Verwalter nach, daß am 15. Mai im Verhältnisse zum Gegner ein Begünstigungsakt und am 10. Mai oder auch am 20. Mai (also innerhalb der sechsmonatlichen Frist des § 26 und doch so, daß die zehntägige Frist des § 23 Z. 2 einschlägt) die Zahlungseinstellung des Schuldners erfolgte, so steht ihm § 23 Z. 2 nicht zur Seite. Ueber diese Zahlungseinstellung soll für die Anfechtungsfrage Gras gewachsen sein. Diese Auslegung entspricht auch dem § 122 Abs. 4 der Preuß. Konkursordnung, aus welcher § 26 hervorgegangen ist. Hullmann Anm. 2 zu § 26 S. 150; Stieglitz Bem. II. zu § 26 S. 162; Sarwey Anm. 2 a. E. zu § 26 S. 159; Völderndorff Anm d zu § 26 S. 318, 319. A. A. für den Fall, daß die Zahlungseinstellung inner-

halb der sechsmonatlichen Frist geschah, Petersen Bem. 2 a. E. zu § 26 S. 150, 151.

II. Der Verwalter wird von der Verpflichtung, die subjectiven Erfordernisse des § 24 Z. 1 der Konkursordnung zu beweisen, befreit, wenn er Dreierlei in rechtliche Gewißheit setzt — § 24 Z. 2 (preuß. KO. § 102 Z. 3) —:

1. Daß der Gemeinschuldner mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen contrahirte.

Dahin fällt also ein Vertrag des Schuldners mit dem Verlobten oder Nochnicht-Verlobten (Petersen Bem. II. 3 a S. 142), wenn nur die Ehe später, vor oder nach der Konkurseröffnung, geschlossen wurde, nicht aber ein Vertrag zwischen früheren Eheleuten, die es zur Zeit des Abschlusses zufolge Scheidung oder Nichtigerklärung der Ehe nicht mehr sind. Eine nach dem Vertragsschlusse erfolgte Trennung der Ehe steht nicht entgegen.

Verwandte des Schuldners oder seines Ehegatten sind nicht bloß Blutsverwandte, sondern auch Adoptirte und Legitimirte.

Adoptivgeschwister sind weder vollbürtige noch halbbürtige Geschwister.

„Ehegatten einer dieser Personen" d. h. Ehegatten einer der unter die beiden soeben bezeichneten Klassen zu begreifenden Personen sind die, welche schon und noch Ehegatten derselben sind. Verlobte derselben sind nicht getroffen. Stieglitz Bem. V. 3 a. E. zu § 24 S. 152; Hartmann, Anf.-Ges. S. 46; a. A. Völderndorff bei und in Note 32—34 S. 298.

2. Daß die anzufechtende Rechtshandlung ein entgeltlicher Vertrag war, durch dessen Abschluß schon und unmittelbar die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt worden sind. § 7 A b S. 51. Rechtshandlungen, welche nicht entgeltliche Verträge sind, z. B. Deckungsgeschäfte, einseitige Leistungen irgend welcher Art, ebenso wie solche Verträge, welche erst in ihrem Erfolge und nicht schon bei ihrer Eingehung eine Benachtheiligung der Gläubiger herbeizuführen geeignet sind, z. B. Veräußerungen um angemessenes Aequivalent, gehören nicht hierher.

3. Daß ein solcher Vertrag in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossen wurde. Die Berechnung des Jahres hat sich aus den in § 31 I. 2 S. 178 entwickelten Gründen nach dem einschlagenden bürgerlichen Recht ohne Berücksichtigung von § 200

und 201 der Civilprozeßordnung und § 65 der Konkursordnung zu richten. Es ist daher nach gemeinem und sächsischem Recht von Datum zu Datum zu zählen. Erfolgt die Konkurseröffnung am 28. Februar und das vorhergehende Jahr ist ein Schaltjahr, so ist der letzte Tag, welchen die Jahresfrist umfaßt, der 29. Februar des Vorjahres. Fällt die Konkurseröffnung auf den 29. Februar, so ist nach gemeinem Recht der letzte von der Frist umfaßte Tag der 28. Februar, nach sächsischem Recht (§ 85 a. E. des Bürgerlichen Gesetzbuchs) der 1. März des Vorjahres. Sarwey Anm. 8 zu § 24 S. 147, 148; Stieglitz Bem. V. 2 S. 151; Völderndorff Anm. d zu § 24 S. 294; Petersen Bem. II. 1 a. E. S. 141.

Die Verbindung der Momente unter 1—3: das verwandtschaftliche Verhältniß der Contrahenten, der unmittelbar schädigende Erfolg des Vertrags und das relativ baldige Nachfolgen der Konkurseröffnung bewirken eine Verschiebung der Beweislast rücksichtlich der weiteren Anfechtungserfordernisse. Die fraus des Schuldners wie die conscientia fraudis werden alsdann rechtlich vermuthet. Dem Anfechtungsgegner liegt der alternative Nachweis einer der beiden Negativen ob, entweder daß der Gemeinschuldner nicht die Verkürzungsabsicht oder daß er selbst keine Kenntniß von derselben gehabt habe.

III. Die Beweislast erleichtert sich endlich zu Gunsten des Konkursverwalters bei Ausübung der Anfechtung gegen den dritten Erwerber des entäußerten Gegenstandes unter folgenden Voraussetzungen, § 33 Abs. 2 Z. 2 der Konkursordnung (§ 109 Abs. 1 Z. 2 der preuß. KO.). Der Verwalter hat darzuthun:

1. daß der Anfechtungsgegner unmittelbarer oder mittelbarer Singularnachfolger des ersten Theilnehmers an der anfechtbaren Rechtshandlung es sei durch Tradition, Cession, Indossament, oder sonst geworden ist;

2. daß derselbe zu den in § 24 Z. 2 der Konkursordnung aufgeführten Angehörigen des Gemeinschuldners gehört — vergl. II. 1 —; ob der Gegner in diesem Verwandtschaftsverhältnisse zu seinem unmittelbaren Rechtsvorgänger steht oder nicht, ist gleichgültig;

3. daß die Rechtshandlung gegen Denjenigen, welchem gegenüber sie vorgenommen wurde, aus einem der in §§ 23, 24 oder 25 aufgestellten Gründe anfechtbar gewesen wäre.

Dieser dreifache Nachweis begründet zum Nachtheil des Gegners die Vermuthung, daß diesen die in der Kenntniß der Anfechtbarkeit des Ursprungsgeschäftes bestehende Verschuldung (§ 19 II. 3 b S. 117) treffe. Ihm wird der Gegenbeweis aufgebürdet, daß er zur Zeit des

Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte. Mit Unrecht leugnet Sonnenschmidt, prakt. Erört. (1875) S. 13—16 entgegen dem Obertribunal Berlin (ib. S. 11—13) zu § 16 Z. 2 des Preuß. Anf.-Gesetzes, daß für das Umspringen der Beweislast der Nachweis zu 3 seiten des Anfechtenden präjudiciell sei.

VI. Der Einfluß der örtlichen Verschiedenheit der Anfechtungsvorschriften.

§ 35.

Es kann bei der Geltendmachung des Anfechtungsrechts der Zweifel auftauchen, welches Territorialrecht für die Frage zu entscheiden habe, ob und in welchem Umfange eine vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlung der Anfechtbarkeit unterliege. Ist z. B. französisches oder deutsches Recht anzuwenden, wenn ein Schuldner, zu dessen Vermögen in Frankreich Konkurs eröffnet wurde, in Frankreich eine Entäußerung an einen Deutschen vornahm und diese Rechtshandlung vor einem deutschen Gerichte angefochten werden soll? Selbst innerhalb der Grenzen des Deutschen Reiches kann nach Herstellung eines einheitlichen objectiven Anfechtungsrechtes der nämliche Zweifel entstehen, weil die Konkursordnung dem einschlagenden partikularen Civilrecht in wichtigen Beziehungen die Entscheidung überläßt und sich dann fragen muß, welches deutsche Civilrecht das einschlagende sei.

Die Antwort ergiebt sich aus denjenigen Grundsätzen, welche von dem über die Anfechtung erkennenden Gerichte rücksichtlich des sogenannten internationalen Privatrechts zu befolgen sind, und andererseits aus den Principien, auf welche die Anfechtungsbefugniß sich stützt.

In der letzteren Richtung ist das Anfechtungsrecht in § 1—3 oben unter einem doppelten Gesichtspunkte begriffen worden: entweder basirt es auf einem Delict des Gegners, oder es stellt eine auf einer ungerechtfertigten Bereicherung desselben beruhende Condictionenforderung dar. Beide Gesichtspunkte sind von einander getrennt zu halten.

A. Hat das Anfechtungsrecht seiner Grundlage nach die Natur einer Delictsforderung, so müssen für seine Geltendmachung auch diejenigen Grundsätze des internationalen Privatrechts herangezogen werden, welche die Anwendbarkeit der verschiedenen Territorialrechte für die Beurtheilung von Delicten regeln. Auf dem Boden des gemeinen Rechts besteht hierüber eine bekannte Controverse. Die einen Rechtslehrer nehmen an, daß die Gesetze desjenigen Orts schlechterdings

anwendbar seien, an welchem die prozessualische Geltendmachung der Delictsforderung zu erfolgen habe. Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. VIII. S. 278 flg.; Wächter, Archiv für civil. Praxis Bd. XXV. S. 389 flg.; Gerber, Deutsches Privatrecht § 32 10. Aufl. S. 83. So für die actio Pauliana Obertribunal Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. XXV. Nr. 115, 1871. Dagegen sollen nach Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen Bd. III. S. 13 IV.; Bar, das internationale Privat- und Strafrecht § 88 S. 317 flg.; Bruns in der Holtzendorffschen Encyclopädie Bd. I., das heutige römische Recht § 10—12, die Gesetze des Orts Anwendung leiden, wo die delictische Handlung vorgenommen worden ist.

Es kann hier nicht der Platz sein, die Gründe, welche für die eine oder die andere dieser Ansichten angeführt worden, gegen einander abzuwägen. Nur das soll herausgegriffen werden, daß der Hauptgrund für die erstere Meinung: weil die Gesetze über die Delicte „absolut zwingender Natur" seien, nicht in vollem Maße stichhaltig ist. Hinsichtlich der Frage, welche Handlungen als Delict verfolgt werden können, und an sich die civilrechtliche Schadensersatzverbindlichkeit begründen, ist allerdings die zwingende Natur der am Orte des rechtsprechenden Gerichts geltenden Gesetze anzuerkennen; darüber steht den Betheiligten kein Dispositionsrecht zu. Die andere Frage dagegen, welche Wirkungen dem delictischen Gebahren zukommen, wie das Maß des daraus entspringenden Forderungsrechts sich bestimme, wird unbedenklich unter Hereinziehung des sogenannten Princips der Immanenz der Rechte (vergl. Bruns l. c.) nach den Gesetzen des Orts beurtheilt werden können und müssen, wo die Delictsforderung sich localisirt, das ist des Orts, wo das Vergehen begangen, wo die sein Wesen ausmachende Handlung des Delinquenten vorgenommen ist, gleichviel wo der der Handlung etwa überdies wesentliche Erfolg eintrat. Denn die aus dem Delict hervorgehende Forderung unterliegt wie in der Regel jedes andere Privatrecht der Dispositionsfreiheit des Berechtigten. Erkennt daher das Civilrecht eines Territoriums eine Handlung als eine delictische, als eine die reipersecutorische Verfolgung zulassende an, so sind seine Vorschriften über den Umfang dieser Verfolgung nur ergänzender, dispositiver Natur.

Es ergeben sich daraus folgende Consequenzen.

1. Für das gemeine Recht.

a) Dem Gesichtspunkte eines Delicts unterlag nach gemeinem Recht nur die Handlungsweise desjenigen, welcher an der fraudulosen

Vermögensentäußerung des Schuldners unter Mitwissenschaft der fraus desselben Theil nahm. Eine andere Delictsform, z. B. die partikularrechtlich schon früher geltende des § 23 der Deutschen Konkursordnung konnte deshalb von einem Richter, an dessen Sitz das gemeine Recht galt, niemals angewendet werden. Sie war als eine Quelle der Erzeugung von Privatrechten überhaupt nicht anerkannt.

b) Stand nur eine Verschiedenheit des Inhalts oder der Ausübungsweise des Paulianischen Anspruchs in Frage, so hatte der Richter, dessen Entscheidungsnorm gemeinhin das an seinem Sitze geltende gemeine Recht bildete, gleichwohl das Recht desjenigen Ortes in Anwendung zu bringen, an welchem das Paulianische Delict begangen wurde, das ist das Recht des Orts, wo der Anfechtungsgegner unter conscientia fraudis an der fraudulosen Rechtshandlung Theil genommen hatte. Das hatte z. B. einzutreten, wenn das Recht dieses letztbezeichneten Ortes aus dem Delict eine Forderung auf 1000 entstehen ließ, während das am Orte des Prozesses geltende gemeine Recht nur eine Forderung auf 500 (z. B. nach Ablauf eines Jahres vom Vermögensverkaufe an nur auf die Bereicherung) daraus ableitete.

c) Bar l. c. S. 494 flg. (ebenso Appellationsgericht Celle in Seuffert's Archiv Bd. XXVII. Nr. 1 1872) stellt die Ansicht auf, für die Anfechtbarkeit der vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung geschlossenen Geschäfte sei das örtliche Recht der zu revocirenden Sache, oder sofern die Sache einen bestimmten dauernden Aufenthaltsort nicht habe, oder nicht mit Arrest belegt sei, oder wenn es sich um Anfechtung einer Geldzahlung handele, das Recht des Domiciles des Empfängers und zwar beiderseits als das Recht des Ortes maßgebend, an welchem eine gegen den Anfechtungsgegner zu richtende Zwangsvollstreckung auszuüben sei. Diese Meinung fällt mit dem in § 1 S. 16 gelieferten Nachweise von der Unhaltbarkeit ihres Grundes dahin, daß nämlich das Princip der Anfechtbarkeit die Fiction der Zurückbeziehung der Wirkungen des Konkurses auf die vor seiner Eröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des Schuldners sei.

West, Archiv für civil. Praxis Bd. LX. 1877 S. 358 flg. (im wesentlichen gleicher Ansicht Francke in demselben Archiv Bd. LXII. S. 487 flg. und unter Leugnung der theilweisen Delictsnatur des Anfechtungsrechts Hartmann, Anf.-Ges. S. 10 flg.) will dagegen das Recht des Ortes in Anwendung bringen, an welchem der der Veräußerung nothwendige nachtheilige Erfolg derselben in Beziehung auf das gesammte Vermögen des Veräußerers sich hauptsächlich geltend macht, das ist regelmäßig das Recht des Wohnsitzes des Veräußerers.

Allein ein Delict localisirt sich nicht da, wo der demselben wesentliche Erfolg eintritt, sondern wo die den Erfolg verursachende Handlung begangen wird, wo der Delictswille causirend in die Außenwelt eingreift. Von diesem Gesichtspunkte aus hatten die deutschen Strafprozeßordnungen — wenngleich für eine ganz andere Frage — den Gerichtsstand der begangenen That nicht nach dem Orte bestimmt, wo der Erfolg des Verbrechens sich realisirt, sondern wo die das Verbrechen ins Werk setzende Haupthandlung vorgenommen wird.

2. Für das sächsische Recht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterwirft in § 6—20 das sogenannte internationale Privatrecht einer eingehenden Regelung. An diese Bestimmungen, von denen § 11 und 19 die Behandlung der Delictsforderungen betreffen, ist daher der sächsische Richter ausschließlich gebunden.

Forderungen, also auch Delictsforderungen (Siebenhaar, Commentar zu § 11 S. 50) hat der Richter nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, an welchem sie zu erfüllen sind. § 11. Dem zieht aber § 19 eine Schranke. Nichtsächsische Gesetze sind dann nicht anzuwenden, wenn deren Anwendung durch sächsische Gesetze nach der Vorschrift oder nach dem Zwecke derselben ausgeschlossen ist. Kommt nun den auf Delicte bezüglichen Privatrechtssätzen insoweit absolut zwingende Natur zu, ob ein Gebahren überhaupt als delictisches anzuerkennen sei, so war die in § 19 gesteckte Grenze auch nach dem Character der sächsischen Gesetzgebung in dem Maße innezuhalten, daß das am Erfüllungsorte der Delictsforderung geltende nichtsächsische Recht bis zum 1. October 1879 niemals zur Anwendung gelangen durfte, soweit dasselbe eine Delictsgattung kannte, welche von den Erfordernissen der in §§ 1509, 1513, 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgestellten abwich. Einer dem § 23 der Konkursordnung conformen Delictsart des früheren partikularen Rechts hatte deshalb der sächsische Richter jede Beachtung zu versagen, nicht minder aber der Delictsauffassung, welche in § 24 der Konkursordnung statuirt worden ist, weil das sächsische Recht ein Vergehen nur unter der in § 24 nicht wiederholten Voraussetzung der Insolvenz des Veräußerers zur Zeit der Entäußerung anerkannte, vergl. § 16 S. 95. Würde aber ein nichtsächsisches Recht dieses Erforderniß gemeinsam gehabt haben, so hätte § 19 des Gesetzbuchs außer Betracht bleiben müssen. Alsdann wäre der Umfang und die ganze materiellrechtliche Ausgestaltung der Forderung auch vor einem sächsischen Forum nach dem am Orte der

Erfüllung der Forderung geltenden Recht zu beurtheilen gewesen. Als Ort der Erfüllung figurirte hierbei nach § 708 des Gesetzbuchs der Ort des Wohnsitzes des Verletzten zur Zeit der Erfüllung der Forderung, sofern nicht die Beschaffenheit der Leistung etwas anderes mit sich brachte. Vergl. hierzu Oberappellationsgericht Dresden in Wengler's Archiv für civilr. Entsch. Bd. V. S. 789—793. Dagegen vindicirte das Reichs-Oberhandelsgericht (Entscheidungen Bd. XVII. S. 292 flg., 1875, identisch mit Wengler's Archiv Bd. III. S. 395, 396) unter völliger Außerachtlassung des § 19 und mit der Motivirung, daß der sächsische Gesetzgeber den Delictsnormen zwingende Natur nicht habe beilegen wollen, dem nichtsächsischen Recht des Erfüllungsortes allgemeine Beachtung für delictische Anfechtungsansprüche der Gläubiger.

Seit dem Inkrafttreten der Konkursordnung und des Reichs-Anfechtungsgesetzes ist die in § 19 des Gesetzbuchs gesetzte Schranke wesentlich verengert worden. Für eine Anfechtung aus §§ 23, 24 und 33 der Konkursordnung (§ 3 Z. 1 und 2, § 11 Abs. 12 Z. 1 des Reichs-Anf.-Ges.) hat der sächsische Richter auf Grund des § 11 des Gesetzbuchs in allen Stücken das Recht anzuwenden, welches am Orte der Erfüllung des Anfechtungsanspruchs (§ 708 des Gesetzbuchs) in Geltung steht. Liegt der Erfüllungsort im Deutschen Reiche, so kann die Verschiedenheit des an diesem Orte geltenden partikularen Rechts von dem sächsischen Civilrecht insoweit von Wichtigkeit werden, als das Reichsrecht dem einschlagenden bürgerlichen Recht die Kraft einer ergänzenden Norm (z. B. hinsichtlich der Berechnung der Fristen des § 24 Z. 2, 25, 26 und 34 der KO.) belassen hat. Liegt der Erfüllungsort außer Deutschland, so ist das ausländische Recht dieses Ortes anzuwenden, soweit es den Inhalt des delictischen Forderungsrechtes abweichend von dem deutschen Rechte normirt. Einer außerhalb Deutschland statuirten Delictsauffassung dagegen, welche in den bezeichneten Reichsgesetzen keine Aufnahme gefunden hat, hat der sächsische Richter auf Grund des § 19 des Gesetzbuchs auch gegenwärtig die Beachtung zu versagen.

B. Hat der Anfechtungsanspruch die Natur einer Condiction (§§ 21—23 oben), so ist für seine Beurtheilung nach gemeinem Recht ebenso wie nach § 11 des Sächsischen Gesetzbuchs, dessen § 19 dann gar nicht in Frage kommt, das Recht desjenigen Ortes ausschließlich anwendbar, an welchem der Anspruch zu erfüllen ist. Nach § 705 des Gesetzbuchs gilt hierbei als Erfüllungsort der Ort, wo die Forderung entstanden ist, und wenn hierüber Gewißheit nicht zu erlangen ist, der Wohnsitz des Verpflichteten zur Zeit der Entstehung der For-

derung, eventuell aber der Aufenthaltsort des Verpflichteten zur Zeit der Erfüllung. Wengler's Archiv Bd. III. S. 397.

D. Rechtssätze, welche die Anfechtungslehre berühren, aber außerhalb der in §§ 1—3 dargelegten Principien fallen oder von einzelnen in § 4 flg. entwickelten Erfordernissen des Anfechtungsanspruchs abstrahiren.

I. Die Privilegien des Fiscus im gemeinen Recht?

§ 36.

Mehrere Rechtslehrer nehmen an, daß dem Fiscus nach gemeinem Recht in zwei Stücken ein die sonstigen gemeinrechtlichen Voraussetzungen des Anfechtungsrechts durchbrechendes Privileg zustehe.

a) Sie behaupten auf Grund der l. 45 pr. D. 49, 14 de jure fisci, daß das Revocationsrecht des Fiscus nach gemeinem Recht sich auf die Abweisung von nicht vollzogenen, sondern nur angebotenen oder zu erwartenden Erwerbungen erstrecke und entgeltliche Veräußerungen auch dann umfasse, wenn dem Gegner die conscientia fraudis fehle. (Vergl. § 5 S. 30 flg.) Kori § 44 Nr. 2 S. 73; Keller § 370 S. 695; Sintenis Bd. II. § 124, II. 6 Nr. 1 bei Note 42; Holzschuher Bd. III. S. 1060; Reinhart S. 99; Windscheid II. § 463, 1 bei Anm. 8. — Es kann schon zweifelhaft sein, ob nicht l. 26 D. eod. tit. mit l. 45 pr. cit. in directem Widerspruche stehe und um dieser Antinomie willen die Entscheidung der l. 45 pr. als nicht vorhanden zu gelten habe. Madai bei Mühlenbruch Bd. I. § 174 in Note 7. Allein l. 45 pr. handelt, wie der ganze Zusammenhang ergiebt, nur von Veräußerungen und Abweisung von Vermögensvermehrungen, welche ein capitis reus zum Zwecke der Schmälerung des dem Fiscus zustehenden Rechts auf Confiscation seines Vermögens vornimmt. Auf die Entäußerungen anderer Personen ist diese specielle Vorschrift nicht auszudehnen, der Fall aber, den sie betrifft, mit dem Wegfall der Confiscation zur Erledigung gekommen. Puchta, Vorlesungen § 380 a. E.

b) Sodann ist nach l. 18 § 10, l. 21 D. 49, 14 de jure fisci, c. 5 Cod. 7, 73 de jure fisci der Fiscus als Gläubiger berechtigt, gegen einen von seinem, des Fiscus, Schuldner befriedigten anderen Gläubiger desselben Zahlungen ihrem ganzen Betrage nach und selbst dann zurückzufordern, wenn der Gläubiger bei Empfangnahme der Zahlung und bei Verbrauch oder Vermischung des ihm gezahlten Geldes ohne Kenntniß der Sachlage und der Verkürzungsabsicht des

Schuldners war. Man hat auch darin ein Privileg des Fiscus gegenüber den Anfechtungsprincipien finden wollen. Sintenis l. c. bei Note 43; Kori § 44 Nr. 3 d; Holzschuher l. c.; Keller l. c.; Laspeyres S. 96; Reinhart S. 99 Note 1 a. E.; Windscheid l. c. Nr. 6 bei Note 36. Allein jene Bestimmung erklärt sich aus dem dem Fiscus nach gemeinem Recht am Vermögen seiner Schuldner zustehenden stillschweigenden Generalpfandrecht, welches an den dem Pfandnexus unterworfenen Objecten ungeachtet ihrer Veräußerung bestehen bleibt. Puchta l. c. Aus der Lehre von der Anfechtung ist sie daher auszuscheiden. Aus anderen Gründen gleicher Ansicht Fischer S. 90, 91. Auch Zürcher S. 26 (Note 4), 27 verwirft die heutige Geltung dieser vermeintlichen Privilegien des Fiscus.

In Sachsen sind sie schon vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht anerkannt gewesen. Petzoldt in Zeitschr. für Rechtspflege u. Verw. Bd. XIX. S. 503 bei Note 83.

II. Die Vorschriften des Art. 259 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs.

§ 37.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch greift in seinem 259. Artikel in den Bereich der Anfechtungslehre ein. Es unterwirft hier zwei zwischen dem Complementar und dem stillen Gesellschafter innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung zu dem Vermögen des Ersteren erfolgte Rechtshandlungen der Anfechtbarkeit, ohne den Beweis einer Schuld auch nur auf Seiten eines der beiden Geschäftsgenossen zu erfordern. Die fraglichen Rechtshandlungen des Inhabers des Handelsgewerbes sind die Rückzahlung der Einlage an den stillen Gesellschafter, entweder nachdem die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Geschäftsgenossen vereinbart worden ist, Abs. 1, oder ohne daß überhaupt die Auflösung erfolgt, Abs. 2, und sodann der gänzliche oder theilweise Erlaß des Verlustantheils des stillen Gesellschafters.

I. Princip. Für die Erkenntniß der Principien des Art. 259 wird man die gedachten beiden Rechtshandlungen von einander zu trennen haben (a. A. Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum HG. Bd. II. S. 557 zu Art. 259 und Hahn, Kommentar Bd. I. S. 693 § 1).

a) Die Rückzahlung der Einlage ist ein Deckungsgeschäft, die Leistung eines wirklich Geschuldeten. Mit der actio Pauliana würde sie nur anfechtbar sein, wenn die Rückgewährung der Einlage durch Leistung eines aliud pro alio, an Stelle des eigentlich geschuldeten

Gegenstandes, oder wenn sie vor der Fälligkeit geschieht (§ 9, 10, 13 ob.) und beide Male nur, wenn der befriedigte stille Socius die Rückleistung unter Mitwissenschaft der vom Complementar gefaßten Verkürzungsabsicht entgegennimmt. (§ 21, 1 S. 126; § 22, 2 S. 128.) Dem gegenüber sieht Art. 259 von jedem Beweis einer Verschuldung des Anfechtungsgegners ab. Man könnte deshalb versucht sein, diese Bestimmung als eine Verschiebung der Beweislast zu charakterisiren. Ihr Inhalt geht aber weiter. Sie läßt auch nicht einen Gegenbeweis der Unschuld des gedeckten stillen Gesellschafters offen, sondern behält ihm nur nach einer ganz andern objectiven Richtung einen Gegenbeweis vor (Abs. 4). Sie stellt sich also auf den Standpunkt einer unwiderleglichen Rechtsvermuthung (nicht einer Fiction, Hahn l. c. S. 693 § 1) und unterscheidet sich hierin wesentlich von der in §§ 23 Z. 2, 24 Z. 2 und 33 Abs. 2 Z. 2 der Konkursordnung aufgenommenen Präsumtionen. Oder, was auf dasselbe hinausläuft, sie läßt in Wahrheit das Erforderniß einer Verschuldung des befriedigten Socius allganz fallen, obwohl das anzufechtende Deckungsgeschäft als solches keine unentgeltliche Verfügung darstellt. Damit gerade tritt sie außerhalb der in §§ 1—3 gekennzeichneten regelmäßigen Principien des Anfechtungsrechts.

b) Der Erlaß des den stillen Gesellschafter treffenden Verlustantheils hingegen ist eine Schenkung. Auch nach gemeinem und sächsischem Recht würde für die Anfechtbarkeit dieser Veräußerung, sofern dem stillen Socius nicht eine Gegenleistung auferlegt war, nicht eine Schuld des Anfechtungsgegners, wohl aber (§ 1 S. 13, § 2 S. 17) der Dolus des erlassenden Complementars Erforderniß und Beweisthema sein. Daß Art. 259 diese Anforderung aufgiebt, darin kommt er mit dem von der Konkursordnung adoptirten Princip (§ 3, 2 S. 24) überein. Von § 25 Z. 1 der Konkursordnung weicht er nur noch in dem auch hier dem stillen Gesellschafter nach Abs. 4 offenstehenden Gegenbeweise ab.

Hahn § 1 zu Art. 259 findet eine weitere Abweichung des Art. 259 von der gemeinrechtlichen Anfechtungslehre darin, daß die Ueberschuldung des Complementars zur Zeit oder in Folge der bezeichneten Rechtsakte vermuthet werde. Indeß solche Ueberschuldung bildet nach gemeinem Recht nicht eine Voraussetzung der Anfechtungsbefugniß (§ 16, 1 S. 91 flg.). Wohl aber liegt in dem Wegfall dieses Erfordernisses eine Verschiedenheit von dem zeitherigen sächsischen Recht. § 16, 2 S. 95, 96.

II. Im einzelnen sind folgende Momente hervorzuheben:

a) Die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses, welche der Rückzahlung der Einlage nach Abs. 1 vorausgegangen ist, muß zufolge

Vereinbarung der Gesellschafter, also nicht aus den in Art. 261 Z. 1—3, 5 und 6 vorgesehenen Gründen, und innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung zum Vermögen des Complementars erfolgt sein.

b) Die gänzliche oder theilweise Rückzahlung der Einlage braucht nicht eine eigentliche Geldzahlung zu sein, sondern kann in jeder Art einer zur Befriedigung des stillen Socius dienenden Rückgewährung (datio in solutum u. s. w.) bestehen. Puchelt, Kommentar zum HGB. Anm. 5 a. E. zu Art. 259. Auch die im Wege der Novation bewirkte Umwandlung der Einlageschuld in eine Schuld aus einem verzinslichen Darlehen wird entgegen der Meinung Hahn's § 7 S. 695 l. c. unter den Begriff der Rückzahlung fallen, da durch dieselbe der stille Gesellschafter nicht den übrigen Gläubigern des Complementars, wie Hahn denkt, vollkommen gleichgestellt worden ist. Müßte er sich doch, wenn seine Einlageforderung als solche bestehen geblieben wäre, zunächst die Minderung derselben um den auf ihn entfallenden Beitrag an dem inzwischen eingetretenen Verluste gefallen lassen. Puchelt l. c.

c) Hatte der stille Socius die versprochene Einlage dem Complementar noch nicht geleistet, so kann der Letztere jenen von der Verbindlichkeit zur Einwerfung der Einlage durch Erlaß befreien. Der Gesetzgeber hat absichtlich die entgegenstehende Festsetzung des Entwurfes 2. Lesung (Hahn l. c. § 8 S. 695) ausgelassen.

d) Der stille Gesellschafter ist befugt, die Forderung aus der Einlage, so wie sie ihm zur Zeit der Auflösung oder ohne solche aus dem Gesellschaftsverhältnisse zusteht, als Konkursgläubiger geltend zu machen. Art. 258.

e) Gegen den Anfechtungsanspruch dringt der stille Socius mit der Einrede und dem Gegenbeweise durch, daß der zum Vermögen des Complementars ausgebrochene Konkurs in Umständen seinen Grund habe, welche erst nach dem Zeitpunkte der Auflösung der Gesellschaft, der Zurückzahlung der Einlage, wenn keine Auflösung erfolgt war, oder des Erlasses der Verlustantheile eingetreten sind. Abs. 4. Es wird vermuthet, die Rechtshandlung sei intempestiv geschehen, und bilde deshalb die Ursache zu der mit der Konkurseröffnung gegebenen Verkürzung der Gläubiger. Ein Gegenbeweis mit diesem Inhalte hat offenbar nichts gemein mit dem Beweis der Redlichkeit (ignorantia fraudis) des stillen Gesellschafters. Er hat die objective Thatsache zum Gegenstande, daß die Verursachung des Konkurses lediglich in die Zeit nach der Rechtshandlung des Complementars fällt, daß selbst die entfernteren Ursachen desselben nicht schon zur Zeit des angefochtenen Geschäftes vorgelegen haben, Hahn §§ 13—15 S. 696, 697,

und daß namentlich auch nicht die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses und die Rückgewähr der Einlage, oder der Erlaß der Verlustantheile zum Ausbruche des Konkurses mit hingewirkt haben. Reichs-Oberhandelsgericht in Entscheid. Bd. XIV. S. 92 flg., identisch mit Seuffert's Archiv Bd. XXXII. Nr. 71.

f) Die Vorschriften des Art. 259 bezweckten nicht das Paulianische Anfechtungsrecht in Bezug auf die betroffenen Rechtshandlungen aufzuheben. Sie stellten sich nach den Grundsätzen der Klagenconcurrenz den Gläubigern zur Auswahl mit den sonstigen Anfechtungsrechtsmitteln. Vergl. § 149, 2 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs; Wächter II. § 67 S. 455 flg.

III. Das Sächsische Gesetz, eine Beschränkung der Wirksamkeit der von Ehegatten vorgenommenen Veräußerungen ꝛc. betreffend vom 30. Juni 1868 §§ 1 und 2.

§ 38.

A. Princip.

Nach der herrschenden Meinung ist durch § 1 des Gesetzes, welchem durch Gesetz vom 2. April 1870 rückwirkende Kraft beigelegt wurde, bestimmten dinglichen Rechten gegenüber den Gläubigern des Schuldners, von welchem das Recht durch Veräußerung aufgegeben wurde, die klagweise Geltendmachung, die actio, entzogen worden. Man hat deshalb das Gesetz unter die sachenrechtlichen Beschränkungen der Vindication von Mobilien subsumiren wollen. Schmidt, Vorlesungen Bd. I. S. 241—243 Note *); Bd. II. S. 59—61 Note *); Coith, in der Allgem. Gerichtszeitung Bd. XIII. 1869 S. 65 flg., 101, m; Wengler's Archiv Bd. IV. S. 591 und 592.

Ich vermag diese Auffassung nicht zu theilen. Meines Erachtens statuirt § 1 eine relative Nichtigkeit der betroffnen Veräußerungsgeschäfte, ähnlich dem § 6 der Deutschen Konkursordnung. Nach der dem Gesetzentwurfe beigegebenen Motivirung (Landtagsmittheilungen der II. Kammer Bd. IV. 1866—68 S. 3097 flg.) bezweckt das Gesetz eine wesentliche Erweiterung des Paulianischen Anfechtungsanspruchs. Es stellt eine praesumtio juris et de jure für die subjectiven Voraussetzungen dieses Anspruches auf, und läßt auch das objective Erforderniß des § 1509 des Bürg. Gesetzbuchs: Insolvenz des Veräußerers zur Zeit oder in Folge der Entäußerung fallen. Es erklärt das Geschäft aber nicht für nichtig, so daß ihm die Wirksamkeit unter den Contrahenten und gegen jeden Dritten benommen wäre; es will die

Ungültigkeit nur gegenüber den benachtheiligten Gläubigern festsetzen. Einer Geltendmachung der Unwirksamkeit seiten der Gläubiger, das ist einer Anfechtung, soll es jedoch nicht bedürfen; das geht aus der präceptiven Fassung: „Bewegliche Sachen können nicht in Anspruch genommen werden", aus welcher Schmidt Bd. I. S. 242 zu viel folgert, in Wahrheit hervor, und aus diesem Grunde handelt es sich zwar um eine Nichtigkeit, aber nur um eine relative. Erhellen ihre Voraussetzungen dem Richter bereits aus den Anführungen, welche der Rechtsnachfolger des veräußernden Schuldners über das Veräußerungsgeschäft aufstellt, so hat er sie von Amtswegen zu beachten und den auf ein solches Geschäft gestützten Angriff als einen unschlüssigen abzuweisen. Andrerseits ist die relative Ungültigkeit auf den Fall eingeschränkt, daß die veräußerte Mobilie im Gewahrsam des Schuldners beschlagnahmt wurde. Dem Gläubiger ist nicht ein Anspruch darauf zugesprochen worden, das Geschäft auch im Wege der angriffsweisen Zurückführung von Mobilien, welche aus dem Gewahrsam des Schuldners gekommen, als ein ihm gegenüber ungültiges aus dem Wege zu räumen. Vergl. hierzu Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Dresden N. F. Bd. V. S. 332 flg. Nr. 5 flg. und Siebenhaar, Kommentar zu § 7 S. 12.

Praktische Konsequenzen leiten sich aus der über das Princip des § 1 obwaltenden Meinungsverschiedenheit nicht ab.

B. Die Erfordernisse des § 1 im einzelnen.

1. Veräußerung einer Sache. Dazu vergl. § 219 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs. Ihr Rechtsgrund und ihre Form (z. B. in Gestalt der Unterlassung eines Konservativaktes) sind gleichgültig. Schenkungen jeder Art, z. B. auch von Gelegenheitsgeschenken unter Ehegatten (§ 1647 des Gesetzbuchs) fallen darunter. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1869 S. 248 Nr. 2. Auch die Einräumung dinglicher Befugnisse an einer Mobilie, z. B. eines Pfandrechts gehört daher. Schmidt Bd. II. S. 60 Note unter a. Der Einwand Coith's l. c. S. 87, man könne nicht sagen, der Besteller eines jus in re habe „die Sache aus seinem Vermögen veräußert" ist zwar richtig, aber für die Auslegung des § 1 nicht zutreffend, da § 219 des Gesetzbuchs sich derselben harten Redewendung bedient.

Ob die Vollziehung der Veräußerung eine freiwillige, wenn auch auf gesetzlichem Rechtsgrund, z. B. Ausstattungspflicht beruhende, oder eine durch Prozeß und mit Hülfe der Vollstreckung erzwungene ist, macht keinen Unterschied. Dagegen war es keine von dem Schuld-

ner vorgenommene Veräußerung, wenn seine Sache zufolge eines daran bestehenden privaten oder hülfsrechtlichen Pfandrechts zur Versteigerung gebracht wurde. Jedenfalls bezweckte § 1 nach seinen Motiven nicht die Erstreckung auf den Fall, daß die Veräußerung zum Zwecke der Befriedigung seiner Gläubiger im Hülfswege erfolgte. Wochenblatt 1869 S. 248; Wengler's Archiv Bd. II. S. 223 und 224; A. A. Coith l. c. S. 88.

2. Veräußerung einer beweglichen Sache. Die Aufgabe irgend eines andern Vermögensobjects, z. B. einer Forderung, einer Immobilie fällt nicht unter das Gesetz. Hat die Veräußerung sowohl Mobilien als andre Objecte zum Inhalte, so reicht ihre Unwirksamkeit, soweit sie die ersteren betrifft. Coith l. c. S. 78, 79 b u. c; Wengler's Archiv Bd. IV. S. 360.

3. Die Mobilie muß beim Konkurse des Veräußerers gültig beschlagnahmt, oder außerhalb des Konkurses bei der Hülfsvollstreckung wegen einer an den veräußernden Ehegatten während der Ehe entstandenen Forderung gepfändet sein. Dies setzte regelmäßig voraus, daß die Sache im Gewahrsam des Schuldners verblieben war. Der die Sache in Anspruch Nehmende konnte in diesem Falle der Beschlagnahme auch nicht auf Grund von § 55 unter a des sogenannten Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 widersprechen. Landtagsmittheilungen l. c. S. 1307.

4. Der Schuldner muß die Veräußerung als „Ehegatte", also während des Bestehens einer (wenngleich später für nichtig erklärten oder geschiedenen) Ehe vorgenommen haben. Das Rechtsgeschäft, durch welches der Schuldner zur Veräußerung verpflichtet wurde, kann vor Schließung der Ehe eingegangen sein. Wengler's Archiv Bd. IV. S. 590 u. 591. Veräußerungen einer ledigen oder verwitweten Person fielen (leider!) nicht unter das sonst so schneidige Gesetz.

5. Die relative Nichtigkeit der Veräußerung greift Platz:

a) gegen den Ehegatten des Schuldners,

b) gegen Verwandte in auf- und absteigender Linie und gegen voll- und halbbürtige Geschwister des Schuldners oder seines Ehegatten, — zu den Verwandten gehören auch die, welche es durch Adoption oder Legitimation geworden sind Schmidt Bd. II. S. 60 b; A. A. Coith l. c. S. 91 g. —

c) gegen die Ehegatten der unter b Bezeichneten, d. h. nach dem Zwecke des Gesetzes gegen die, welche dies zur Zeit der Veräußerung waren, gleichviel ob sie es zur Zeit des Reclamationsstreites noch sind. A. A. Coith S. 91, 92 Note h.

Diese Personen können die beschlagnahmte Mobilie nicht in Anspruch nehmen. Ob sie die Inanspruchnahme auf die ungültige Veräußerung stützen, oder auf ganz andre Titel, z. B. auf außerordentliche Ersitzung, oder auf den Erwerb von einem Dritten, oder auf Occupation der vom Veräußerer derelinquirten Sache, ist für die Anwendbarkeit des § 1 nach dessen Wortlaute ohne Belang. Motiven l. c. S. 3100. Die unwiderlegliche Rechtsvermuthung doloser Theilnahme an der fraus des Veräußerers streitet wider sie mit der Wirkung, daß auch jedem später erworbenen Titel auf die Sache die Anerkennung versagt wird. Selbst der Nachweis, daß sie hinsichtlich dieses Titels in gutem Glauben gewesen sind, und daß sie davon, wie die Sache vormals von dem verwandten oder verschwägerten Schuldner veräußert worden sei, keine Kenntniß erlangt hatten, rettet sie jeder Billigkeit zum Hohne nicht vor jener Consequenz.

6. Sind die Erfordernisse des § 1 nicht schon aus der Begründung des vom Angehörigen des Schuldners erhobenen Angriffes liquid, so trifft den Gütervertreter oder den Gläubiger, auf dessen Antrag die Sache wegen einer ihm während der Ehe des Veräußerers entstandenen Forderung gegen den Schuldner abgepfändet wurde, die Verbindlichkeit, jene Voraussetzungen darzuthun.

7. Demjenigen, dessen Angriff zufolge des § 1 zurückgewiesen wird, spricht § 2 „nach Befinden" einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den veräußernden Schuldner zu. Die Entstehung eines derartigen Anspruchs richtet sich nach dem zwischen dem Schuldner und dem Geschädigten hinsichtlich der Sache bestehenden Rechtsverhältnisse (Hinterlegungs-, Leihvertrag ꝛc.) in Verbindung mit § 721 des Gesetzbuchs. Vergl. Motiven l. c. S. 3100.

II. Theil.

Die Anfechtung außerhalb des Konkurses.

A. Gemeines Recht.

§ 39.

Es ist im gemeinen Recht eine überaus bestrittene Frage, ob und wem außerhalb des Konkurses eine Anfechtung der Rechtshandlungen zustehe, welche ein Schuldner zum Nachtheile seiner Gläubiger vorgenommen hat. Die Meinungen theilen sich dahin:

1. Die Zulässigkeit der Anfechtung vor Eröffnung oder nach Beendigung eines Konkurses sei zu verneinen.

2. Auch außerhalb eines Konkurses sei die Anfechtung statthaft; sie sei aber entweder

a) an die Bedingung geknüpft, daß nur ein einziger Gläubiger vorhanden sei und deshalb das gemeinrechtliche Erforderniß der Gläubigermehrheit für die Konkurseröffnung fehle; oder sie stehe

b) dem immittirten Gläubiger zu, also dem, der außerhalb des Konkurses die Execution erfolglos versucht habe; oder sie komme

c) regelmäßig demjenigen Gläubiger zu, gegen welchen die Verkürzungsabsicht des Schuldners gerichtet und dessen Forderung daher schon zur Zeit der anzufechtenden Rechtshandlung entstanden gewesen sei, ausnahmsweise aber demjenigen, mit dessen Mitteln frühere Gläubiger, deren Verkürzung der Schuldner ins Auge gefaßt gehabt, abgefunden worden seien; oder

d) jeder einzelne Gläubiger überhaupt sei zur Anfechtung legitimirt, dafern die Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens den Grund zu seiner Nichtbefriedigung bilde.

e) Es finden sich endlich die Anforderungen unter b und c mit einander verbunden.

Zu 1 vergl. Unterholzner Bd. II. S. 94 bei III. und in Note g; Laspeyres S. 40; Mühlenbruch Bd. I. § 174 bei Note 10; Curtius § 583, 584; Puchta, Vorlesungen § 380; Keller § 370; Zürcher S. 32; Seuffert's Archiv Bd. XIII. Nr. 202 (1858) Obertribunal Berlin; Bd. XVIII. Nr. 86 (1864) Oberappellationsgericht Oldenburg; Bd. XXVI. Nr. 98 (1870/71) Oberappellationsgericht Berlin; Bd. XXXI. Nr. 299 (1874) Obertribunal Berlin, kurhessische Sache; Bd. XXXIII. Nr. 180 (1875) dasselbe, nassauische Sache.

Zu 2 a vergl. Seuffert's Archiv Bd. III. Nr. 251 S. 267 (1827 und 1837) Oberappellationsgericht Kassel (dem Schuldner müsse jedoch durch Gerichtsbeschluß das Dispositionsrecht entzogen sein); Bd. XI. Nr. 321 S. 464 (1850) Oberappellationsgericht Darmstadt; Bd. XXX. Nr. 100 (1874) Oberappellationsgericht Berlin.

Zu 2 b Günther S. 785, 786; Kori §§ 41, 42; Huschke S. 39, 40, 44, 87 flg.; Fitting im Archiv für civil. Praxis Bd. XLIX. S. 313 flg.; Mankiewicz S. 54, 55; Schey S. 152 flg., besonders Note 105; Seuffert's Archiv Bd. III. Nr. 247 (1846) Oberappellationsgericht München, Nr. 251 S. 266 (1848/49) Appellationsgericht Leipzig, Oberappellationsgericht Dresden und (1834) Oberappellations-

gericht München; Bd. XV. Nr. 180 (1861) Obertribunal Stuttgart; Bd. XVI. Nr. 171 (1862) Oberappellationsgericht Kiel.

Zu 2 c Holzschuher Bd. III. S. 1060; Göschen Bd. II. Abth. 2 § 631. Motiven zum Anf.-Ges. S. 657. Hartmann, Anf.-Ges. S. 1. Seuffert's Archiv Bd. XX. Nr. 97 (1866) Oberappellationsgericht Kiel.

Zu 2 d Sintenis Bd. II. § 124, II. 6 bei Note 35 (vergl. jedoch in Note 35 und Note 25 a. E.); Windscheid Bd. II. § 463 Z. 5; Sarwey S. 107; Arndts § 228, 2. Satz; Meischeider S. 95; Reinhart S. 102, 128, 132 flg.; Schönemann S. 33 flg., 42; Seuffert's Archiv Bd. XI. Nr. 321 S. 462, 463 (1855) Oberappellationsgericht Lübeck.

Zu 2 e Fischer S. 8 und 4.

Vergl. zu 2 noch (ohne nähere Angabe der Voraussetzungen) Seuffert's Archiv Bd. XI. Nr. 106 (1850) Oberappellationsgericht Darmstadt und (1855) Oberappellationsgericht Dresden; Bd. XV. Nr. 6 (1861) Oberappellationsgericht Kiel.

Die Ansichten unter 1 und 2 b basiren auf der gemeinsamen Grundlage, daß nach römischem Rechte die erfolgte missio in bona debitoris ein Erforderniß der Anfechtung abgegeben habe. Sie trennen sich in dem Punkte, daß die zu 1 annimmt, der römischen Immission entspreche für die Anfechtungsfrage heutzutage nur die Eröffnung des Konkurses, während die zu 2 auch ein vergebliches Executionsverfahren abseits des Konkurses der missio gleichstellen will. Beide Meinungen fallen aber mit dem Nachweise, daß das römische Recht keines seiner Anfechtungsrechtsmittel von der vorgängigen missio abhängig gemacht hat. In Wahrheit spricht dies keine Stelle der Quellen aus. Man beruft sich für das Gegentheil auf l. 1 pr.; l. 6 § 7, § 14; l. 9; l. 10 §§ 1, 6, 8—11, 16, 18; l. 15; l. 24; l. 25 § 7 D. h. t. 42, 8; l. 13 und 25 D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5; § 6 Inst. de act. 4, 6 und die Paraphrase des Theophilus zu § 6, endlich auf c. 1 und 5 Cod. h. t. 7, 75. In ihrer Mehrzahl sind diese Belege völlig irrelevant. Ein Theil derselben spricht den von Niemandem bezweifelten Satz aus, daß im römischen Recht die actio Pauliana nach der missio in bona und auch gegen Handlungen, welche der Schuldner erst nach der letzteren vorgenommen hatte, zugelassen worden ist (l. 13 und 25 D. 42, 5; l. 6 § 7; l. 9; l. 10 § 16 D. 42, 8; c. 5 Cod. 7, 75); sie besagen aber nirgends, daß nur nach ertheilter Immission die Anfechtung Platz greifen dürfe. Daß § 6 Inst. de act. 4, 6 und die dazu gehörige Paraphrase des Theophilus nicht beweiskräftig sein kann, ergiebt sich aus den Ausführungen S. 7. Wenn aber die Verjährung

der Anfechtungsklagen mit der venditio bonorum zu laufen beginnt, welche innerhalb des Immissionsverfahrens lag, vergl. § 29 I. 2, so erklärt sich das damit, daß thatsächlich bei den Römern eine Anfechtung abseits dieses Verfahrens kaum vorgekommen sein wird, und deshalb die venditio bonorum zumeist als der für den Verjährungsbeginn entscheidende Zeitpunkt in Betracht gekommen sein mag, mit welchem die vollendete Benachtheiligung der Gläubiger des Veräußerers sich als eine definitive herausstellte. Auch die Bezugnahme auf l. 10 § 1 D. 42, 8 ist eine verfehlte. Die Worte: si fraus eventum habuit; scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius (debitoris) vendiderunt sind nicht zu übersetzen: „nämlich unter der Bedingung, daß die Gläubiger zum Güterverkaufe gediehen sind." Das scilicet soll nur das Erforderniß anschließen, welches l. 15 ib. durch: utrumque in eorundem personam exigimus et consilium et eventum wiedergiebt. Hi heißt deshalb so viel als iidem und nur das soll gesagt werden, daß Identität der zu Verkürzenden und der factisch Verkürzten vorliegen müsse, § 24 S. 143 flg. Dagegen ist nicht wesentlich, daß die factisch Verkürzten als die, welche den Güterverkauf bewirkt haben, bezeichnet werden. Natürlich sind aber diejenigen, welche es zur bonorum venditio gebracht haben, auch solche, denen gegenüber fraus eventum habuit. Ulpian hätte deshalb ohne jede sachliche Aenderung statt: bona vendiderunt einfach fraudati sunt sagen können, wie er sich in l. 6 §§ 10 und 11 in der That ausdrückt. Wie wenig man die schließlich gebrauchte Ausdrucksweise beim Worte nehmen darf, ergiebt sich zur Evidenz noch daraus. Hätte Ulpian die Entstehung des Anfechtungsrechts an den Güterverkauf binden wollen, so stünde damit, was nur Huschke S. 38 und 39 unter 3 nicht übersieht, in schreiendem Widerspruche, daß die Anfechtungsrechtsmittel dem curator bonorum gegeben sind, dessen Functionen nach römischem Rechte gerade mit dem Güterverkaufe endeten. Vergl. zu l. 10 § 1 auch Reinhart S. 56 flg.

Hiernach steht auf Grund der angezogenen Stellen so viel fest, daß die fraus des Veräußerers von Erfolg begleitet sein muß, nicht aber, daß dieser Erfolg schlechterdings innerhalb des Immissionsverfahrens zu Tage getreten sein muß. Sollte selbst historisch die Pauliana dem Bestreben einer Ergänzung und wirksameren Durchführung der missio in bona ihre Entstehung verdanken, wie nach ihrer Stellung im Edicte zuzugestehen sein wird, so finde ich ihren Schwerpunkt doch darin, dem fraudulos herbeigeführten Zustande des eventus fraudis beizukommen. Dieser Effect ist unabhängig von einer missio. Dem

Bewußtsein des Veräußerers hatte als Erfolg seiner Veräußerung vorgeschwebt, daß durch dieselbe die Befriedigung seiner Gläubiger gänzlich oder theilweise vereitelt werde. Dieses Ziel ist erreicht, wenn zu der Zeit, wo die Gläubiger einen fälligen Anspruch auf die Befriedigung haben, das Vermögen des Schuldners zu ihrer vollen Befriedigung nicht zulangt. Warum das Vorhandensein oder auch nur der Beweis des eventus fraudis an formelle Voraussetzungen geknüpft sein soll, ist an sich nicht abzusehen. Am wenigsten läßt sich rechtfertigen, den Benachtheiligungserfolg von der vorgängigen Abwicklung eines außerkonkurslichen Executionsverfahrens abhängig zu machen. Denn seine Erfolglosigkeit bietet keinen unzweifelhaften Nachweis der Insufficienz; wenigstens wenn man nicht mit Schey Note 105 S. 153 Execution in das ganze Vermögen des Schuldners erfordern will, ist leicht möglich, daß der Gläubiger die Execution nur in einen Theil der Güter des Schuldners vergeblich hat vollstrecken lassen, während ein anderer Theil der Güter, z. B. dem Gläubiger nicht bekannte Immobilien zur Erwirkung seiner Deckung tauglich sein würde. Bisweilen freilich wird die erfolglose Execution ein gewichtiges Anzeichen für die Insufficienz des Schuldners darstellen: warum soll aber dem Gläubiger geboten sein, gerade dieses Indiz für den dem Richter zu liefernden Beweis beizubringen, anstatt daß er sich auf zureichende Beweismomente beliebiger anderer Art beschränken darf?

So gewinne ich das Resultat: die Anfechtung setzt weder die Konkurseröffnung, nach den vergeblichen Versuch des Gläubigers, sich im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung zu verschaffen, voraus. Sie steht auch außerhalb des Konkurses dem einzelnen Gläubiger unter der Bedingung zu, daß ihm gegenüber der Verkürzungserfolg eingetreten ist, das heißt, daß das Ausbleiben seiner Befriedigung in einem Mangel an hierzu dienlichen Mitteln des Schuldners seinen Grund hat.

Damit fällt zugleich die Ansicht zu 2 a, welche lediglich dem Bestreben entspringt, die Meinung zu 1 mit der gemeinrechtlichen Vorschrift in Einklang zu bringen, daß die Konkurseröffnung nur bei einer Mehrzahl andringender Gläubiger zu verfügen ist. Wäre die Anfechtung von der Konkurseröffnung bedingt, so würde ja, wenn der Schuldner einen einzigen Gläubiger hätte, diesem jede Anfechtungsfüglichkeit abgeschnitten, sofern man nicht mit den Entscheidungen in Seuffert's Archiv Bd. XIII. Nr. 202 und Bd. XVIII. Nr. 86 (vergl. zu 1) entgegen dem gemeinrechtlichen Gerichtsbrauche (Kori § 91 β; Schweppe § 24 Z. 4) die Konkurseröffnung auch beim Dasein eines einzigen Gläubigers für zulässig erachten wollte.

Es fragt sich sodann, ob die Ansicht zu 2 c Beachtung verdient. Allein dieselbe beruht ausschließlich auf der unrichtigen Auslegung, welche man der l. 10 § 1, 6 flg. D. h. t. zeither zu Theil werden ließ. Vergl. § 24, 4 a S. 143 flg., § 25 S. 148. Mit der Unhaltbarkeit dieser Interpretation muß die Meinung dahinfallen. Nur der in der angezogenen Quellenstelle erforderte Nachweis — S. 149, 150 — ist auch außerhalb des Konkurses zu erbringen. Kann der Gläubiger ihn liefern, so dringt er mit der Anfechtung durch, obschon er für seine Person weder zur Zeit der anzufechtenden Rechtshandlung bereits gegen den Schuldner eine Forderung hatte, noch von der Verkürzungsabsicht des Schuldners umfaßt wurde.

Im übrigen sind die Principien, Voraussetzungen und Wirkungen der Anfechtung außerhalb des Konkurses ganz die nämlichen wie bei der Anfechtung innerhalb des letzteren. Es genügt daher, auf die Ausführungen im ersten Theile zu verweisen. Nur das ist hinzuzubemerken.

Das Ziel der Anfechtung (§ 29 S. 166 flg.) muß die Zurückführung des Veräußerten zum Zwecke der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung bilden.

Mehreren neben einander legitimirten Gläubigern steht der Anfechtungsanspruch als solidarischer zu. Leistet der Anfechtungsgegner dem einen Gläubiger Genüge, so ist auch der Anspruch des anderen getilgt, dafern der Gegner die sämmtlichen Vortheile aus der anfechtbaren Rechtshandlung schon dem ersteren zurück gewährt hat. Soweit dies nicht der Fall ist, steht die Anfechtung auch anderen Gläubigern noch frei.

An Gegenansprüchen erwachsen dem Anfechtungsgegner gegen den anfechtenden Gläubiger nur die in § 29, I. 3, a gedachten. Die in § 28 Z. 1 bezeichnete Beschränkung hat dem Einzelgläubiger gegenüber zur Folge, daß seine Anfechtung nie weiter reichen kann, als bis zur Erfüllung seines Befriedigungsrechts.

Für den Beginn der Verjährung des Anspruches sieht man sich vergeblich nach einem festbestimmten Zeitpunkte um; die durch den Wegfall der venditio bonorum innerhalb des Konkurses bereitete Verlegenheit vermehrt sich außerhalb der Gant noch dadurch, daß selbst ein erfolgloses Executionsverfahren nicht eine Voraussetzung zur Anfechtung bildet. Meines Erachtens wird man die Verjährung mit dem Zeitpunkte anfangen lassen müssen, wo feststeht, daß der Verkürzungserfolg thatsächlich eingetreten ist, eine Feststellung freilich, die der erheblichsten Dehnbarkeit unterliegen kann.

Nach alledem ließ die von Controversen durchkreuzte Lehre der außerkonkurslichen Anfechtung eine gesetzliche Neuregelung dringend vermissen.

B. Sächsisches Recht.

§ 40.

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch hat die gemeinrechtliche Controverse über die Zulässigkeit einer Anfechtung außerhalb des Konkurses in Uebereinstimmung mit der schon vor seinem Inkrafttreten üblichen, an den zweiten Theil der decisio XXV. von 1745 sich mit Recht anlehnenden Praxis (vergl. Kori § 41 in und bei Note 179) dahin entschieden, daß dem einzelnen Gläubiger außerhalb des Konkurses die Anfechtung zusteht. § 1509. Spec. Motiven S. 841. Das Erforderniß, daß der Anfechtende die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung erfolglos versucht habe, ist nicht aufgenommen. Dasselbe wäre um so mehr entbehrlich gewesen, weil vom Gläubiger nach § 16 S. 95 darzuthun ist, wie das Vermögen des Veräußerers schon zur Zeit oder in Folge der angefochtenen Rechtshandlung insufficient gewesen ist.

Dagegen ist es eine Consequenz dieser letzteren Anforderung, daß dem Anfechtungskläger bereits zur Zeit der Veräußerung eine Forderung an den Schuldner zugestanden haben muß. Wengler's Archiv Bd. II. S. 453. Denn in den Worten des § 1509: „so sind sie — seine Gläubiger — zur Anfechtung berechtigt," können nur die Gläubiger gemeint sein, denen gegenüber jener unmittelbar durch die Rechtshandlung bewirkte Verkürzungserfolg eintrat, das sind ausschließlich diejenigen, welche schon zur Zeit der unmittelbar schädigenden Veräußerung forderungsberechtigte waren.

Zwischen mehreren nebeneinander zur Anfechtung legitimirten Gläubigern und dem Gegner besteht ein Gesammtschuldverhältniß im Sinne des § 1019 1. Satz. Der Anfechtende hat es auch gegen sich gelten zu lassen, wenn der Gegner auf Grund des § 1 des Gesetzes vom 30. Juni 1868 durch die Einrede eines andern Gläubigers von der Geltendmachung seiner anfechtbar erworbenen Rechte abgeschnitten worden ist. Dies folgt schon aus § 775, soweit die Anfechtung auf einem Verhalten des Gegners beruht, welches entweder delictisch ist oder zufolge einer unwiderleglichen Rechtsvermuthung für ein unerlaubtes anzusehen ist; soweit sie aber auf einer ungerechtfertigten Bereicherung beruht, hat die Bereicherung in dem Maße des Zurückerstatteten aufgehört.

Zweck der außerhalb des Konkurses Platz greifenden Anfechtung ist die Beseitigung aller rechtlichen und thatsächlichen Hindernisse, welche einer Zwangsvollstreckung des Gläubigers in die veräußerten Objecte entgegenstehen. Sie gleicht den den Gläubigern zugefügten Nachtheil wieder aus, daß ein zu ihrer Befriedigung tauglicher Gegenstand der Möglichkeit, darein die Hülfe vollstrecken zu lassen, entfremdet worden ist. Vergl. § 30 S. 174. Im Falle der Veräußerung von Sachen wird daher zunächst das Klaggesuch so einzurichten sein, daß der Gegner die Pfändung (Hypothecirung) derselben und ihrer gemäß § 308 zu erstattenden Früchte bis zum Betrage der Forderung des Anfechtenden geschehen lasse oder, dafern jener die Sache nicht mehr besitzt, durch Herbeischaffung der Sache ermögliche. Läßt sich dagegen voraussehen, daß der Gegner nicht im Stande ist, die Sache herbeizuschaffen, und überall wo der dem Gläubiger zugefügte Nachtheil mit der Verschaffung der Zwangsvollstreckungsmöglichkeit nicht ausgeglichen wird, ist die Leistung des Interesses in Geld zu petiren. Zum mindesten wird dieses Interesse der Forderung des Anfechtenden gleichkommen. Die Anfechtung kann aber nicht darauf abzielen, daß der Gegner den Anfechtenden unmittelbar befriedige. Sie würde sonst mehr als die Wiederherstellung des vor der Veräußerung bestehenden, den Gläubigern günstigeren Zustandes umfassen. Bezweckt ein Gläubiger die Aufhebung eines dem Gegner vom Schuldner gewährten Forderungserlasses, so ist deshalb sein Sachgesuch auf die Ungiltigerklärung des Verzichtes und Wiederherstellung der Forderung zu beschränken, nicht aber auf Leistung des Gegenstandes der wiederherzustellenden Forderung zu richten, Kori § 43 Z. 3. Hat er im Anfechtungsstreite obtinirt, so muß er in die Forderung des Schuldners die Hülfe vollstrecken lassen, um für die Ausklagung des Gegners in der letzteren Richtung die unentbehrliche Unterlage zu gewinnen. Man muthet ihm deswegen nicht einen Umweg zu, damit er zu dem Ziele seiner Befriedigung gelange, sondern es wird ihm durch die Anfechtung die Eröffnung desselben Weges angebahnt, den er einschlagen dürfte, wenn der angefochtene Erlaß nicht geschehen wäre, und es müßte schon das ein Umweg sein, daß er den debitor debitoris nur nach vorgängiger hülfsrechtlicher Pfändung ausklagen darf. Wenn das vormalige Königl. Oberappellationsgericht Dresden (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XLI. S. 313, 314) in diesem Falle den Schuldner des Schuldners zur unmittelbaren Zahlung des anfechtbar erlassenen Schuldbetrages an den Anfechtenden verurtheilt hat, weil Wesen und Zweck der Paulianischen Klage auf alsbaldige Befriedigung des

Gläubigers gehe, so hat es in unzulässiger Weise das Zwangsverfahren, das erst durch die Anfechtung ermöglicht werden sollte, mit dem Anfechtungsprozesse vermengt. Liegt es denn im „Wesen und Zweck" der Anfechtung, daß eine anfechtbar verschenkte Sache dem Anfechtenden unmittelbar an Zahlungsstatt zu überlassen sei? Der Gerichtshof hat übrigens seiner Meinung durch die Anordnung die Spitze abgebrochen, daß der Anfechtungsgegner den Schuldbetrag zum Gerichtsdepositum einzahlen solle: bei voller Consequenz wäre diese Anordnung eine unerklärliche Belästigung des Anfechtenden.

An Gegenansprüchen erwächst dem Gegner auf Grund des § 1516 auch wider den einzelnen Gläubiger der, daß eine vom Gegner gewährte Gegenleistung demselben zurückzuerstatten ist, soweit sie im Vermögen des Schuldners vorhanden ist. Da der Gläubiger über das letztere keine Verfügung hat, kann hierdurch die Durchführung seines Anfechtungsanspruches vielleicht entgegen der Absicht des Gesetzgebers erheblichen Schwierigkeiten verfallen.

Daß die dem Einzelgläubiger eingeräumte Anfechtung in dem Umfange seiner nichtbefriedigten Forderung ihr Maß findet, ist in § 1509 „soweit es zu ihrer Befriedigung nöthig ist" ausdrücklich ausgesprochen.

In allen andern Stücken trifft die Anfechtung außerhalb des Konkurses mit der innerhalb des Konkurses gegebenen zusammen.

C. Das Reichsgesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879.

§ 41.

Nachdem in §§ 22—34 der Konkursordnung vom 10. Februar 1877 ein hauptsächlicher Theil der Anfechtungslehre, die Anfechtung innerhalb des Konkurses, für das Deutsche Reich einheitliche Gestaltung gefunden hatte, trat an die Gesetzgebung mit unabweisbarer Nothwendigkeit das Gebot heran, die Anfechtung außerhalb des Konkurses, soweit sie überhaupt partikularrechtlich anerkannt war, mit den Sätzen der Konkursordnung in Einklang zu bringen. Diese Aufgabe erfüllt das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879. Seine Tendenz läßt sich in die wenigen Worte zusammenfassen, daß für die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens mutatis mutandis, ganz die nämlichen Vorschriften gelten sollen, wie für die Anfechtung auf Grund der §§ 22—34 der Konkursordnung. Es erklärt sich hierdurch, daß ich in der nach-

folgenden Darstellung für die wichtigsten Punkte auf die Ausführungen in dem ersten Theile Bezug nehmen kann.

I. Der Umfang der Anwendbarkeit des Reichsgesetzes.

Negativ gefaßt regelt das Reichsgesetz alle Fälle der Anfechtung, auf welche die §§ 22—34 der Konkursordnung keine Anwendung finden. Man umfaßt diese Fälle nicht eben treffend mit der Ausdrucksweise: Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens. Denn auch die Anfechtung auf Grund der §§ 22—34 wird nicht innerhalb des Konkursverfahrens, sondern in Specialprozessen durchgeführt, welche abseits des von jedem Prozeßcharakter losgelösten Konkursverfahrens liegen, und umgekehrt giebt es Fälle der Anfechtung, welche dem Anfechtungsgesetz unterstehen, obwohl die Anfechtung während der Dauer des Konkurses erfolgt oder verletzten Konkursgläubigern zusteht.

In Wahrheit hat es die Konkursordnung mit derjenigen Anfechtung zu thun, welche

a) auf einer Verkürzung der Konkursgläubiger (§ 2 der KO.) beruht, das ist der persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben,

b) welche sich gegen Rechtshandlungen des Cridars richtet, die in die Zeit vor der Konkurseröffnung fallen, und

c) welche nach der Konkurseröffnung und zu dem Zwecke der Verwerthung des veräußerten Objectes mit der Konkursmasse von dem Konkursverwalter ausgeübt wird.

Dagegen betrifft das Anf.-Gesetz folgende Fälle:

1. Die Anfechtung absonderungsberechtigter Gläubiger, §§ 39—45 der Konkursordnung, gleichviel ob der Schuldner die anzufechtende Handlung vor, während, oder nach der Dauer des Konkurses vorgenommen hat.

2. Die Anfechtung einzelner Gläubiger, so lange es zu einer Konkurseröffnung nicht kommt.

3. Die Anfechtung von Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner Gegenstände entäußerte, die nicht zur Konkursmasse zu ziehen sind. Dahin gehören die Vermögenstheile, welche der Cridar erst nach der Konkurseröffnung erwarb.

4. Die Anfechtung einzelner Gläubiger nach Beendigung eines Konkursverfahrens.

Im Besonderen gestaltet sich das Verhältniß beider Anfechtungskreise dahin:

a) Die Anfechtung absonderungsberechtigter Gläubiger erfolgt ausnahmslos nach Maßgabe des Reichsgesetzes (anders die Preuß. KO. §§ 373—375 und 395 hinsichtlich der Anfechtung im Prioritäts- und im Vertheilungsverfahren). Motiven zu § 2 des Anfechtungsgesetzes S. 660, 661. Sie steht, soweit der Umfang des Absonderungsrechts reicht, und dafern die Berechtigten nicht etwa wegen eines Theiles ihres Anspruches bloße Konkursgläubiger sind, neben der dem Verwalter durch § 29 der Konkursordnung eingeräumten Anfechtung völlig selbstständig da. Der bereits rechtshängige Anspruch des Absonderungsberechtigten wird daher durch die Konkurseröffnung weder ausgeschlossen noch berührt, der Rechtsstreit nimmt ununterbrochenen Fortgang. Der Anspruch kann auch während der Dauer des Verfahrens neu erhoben werden. Da er seiner Natur nach sich darauf beschränkt, Gegenstände, welche zu einer unabhängig vom Konkursverfahren erfolgenden Befriedigung des Gläubigers dienen (§ 3 Abs. 2 der KO.), zur Ermöglichung dieser Befriedigung zurückzuführen, steht im Gegentheile dem Verwalter ein Recht zur Verfolgung des Anspruches überhaupt nicht zu. Deshalb können auch die Einreden, welche einem Anfechtungsgegner entweder gegen einen Absonderungsberechtigten oder gegen den Verwalter erwachsen, nicht gegen den anderen von beiden geltend gemacht werden. Bemächtigt sich z. B. ein Kaufmann einer Sache, an welcher seinem Gläubiger, gleichfalls einem Kaufmann, auf Grund der Art. 313—315 ein Retentionsrecht zusteht, und veräußert sie in anfechtbarer Weise an einen Dritten, so kann der Gläubiger allein und nicht neben ihm der Konkursverwalter mit der Anfechtung gegen den Dritten vorgehen. Verliert dieser absonderungsberechtigte Gläubiger (§ 41 Z. 8 der KO.) den Rechtsstreit, verzichtet aber nachher auf sein Absonderungsrecht, so darf der Konkursverwalter die Anfechtung auf's Neue geltend machen, ohne daß ihm die dem Gegner wider den Absonderungsberechtigten zukommenden Einreden entgegenstehen. Andrerseits thut es dem Anfechtungsrechte des Absonderungsberechtigten keinen Eintrag, wenn der Konkursverwalter auf jedes Anfechtungsrecht Verzicht leisten oder die einjährige Verjährungsfrist des § 34 der Konkursordnung verstreichen lassen würde. Motiven zum Anf.-Ges. S. 668, 669. Völderndorff Note 2 zu Anm. a bei § 29 S. 338, 339; Sarwey Anm. 3 zu § 29 S. 167; Stieglitz Bem. 2 zu § 29 S. 171 flg.; Petersen Bem. 2 zu § 29 S. 162, 163.

Es kann endlich das Anfechtungsrecht des Absonderungsberechtigten und das Verfolgungsrecht des Verwalters zum Zwecke der Anfechtung einer und derselben Rechtshandlung des Schuldners neben einander

bestehen. Wenn z. B. der Schuldner Pfänder veräußert hat, deren Werth den Betrag der Pfandschuld übersteigt, so steht nichts im Wege, daß der absonderungsberechtigte Pfandgläubiger behufs Zurückgewinnung der Pfänder die Anfechtung ausübt, gleichzeitig aber der Verwalter den Gegner mittelst des judicium rescindens (§ 27 S. 162) auf Anerkennung seiner Verpflichtung belangt, die Hinzuziehung des überschießenden Pfanderlöses oder derjenigen Pfänder, deren Veräußerung es zur Befriedigung der Pfandgläubiger nicht bedarf, zur Konkursmasse geschehen zu lassen. Sarwey l. c.

b) Dagegen übt die Konkurseröffnung auf die vorher in Gemäßheit des Anf.-Gesetzes von einzelnen nicht absonderungsberechtigten Gläubigern geltend gemachte Anfechtung wesentlichen Einfluß. Das Sonderrecht des einzelnen Gläubigers zur Anfechtung geht nunmehr in dem Kollectivrechte der gesammten Gläubiger auf, zu dessen Ausübung der Konkursverwalter nach § 29 der Konkursordnung ausschließlich legitimirt ist. Dem bereits prozessirenden einzelnen Gläubiger kommt nicht einmal ein Vorrecht auf den zurückzugewährenden Gegenstand zu; auch insoweit par omnium creditorum conditio facta est. Die Verfolgung des erhobenen Anspruches wird deshalb lediglich dem Konkursverwalter zugewiesen und der zeitherige Anfechtende verliert zwar nicht sein Anfechtungsrecht, wohl aber seine active Legitimation zu dessen Geltendmachung, § 13 Abs. 1 und 2 des Anf.-Ges. Motiven dazu S. 666 flg. Je nach der Lage des erhobenen Anfechtungsstreites ergeben sich hieraus verschiedene Folgen:

aa) Ist das Verfahren noch rechtshängig, so tritt eine Unterbrechung desselben im Sinne des § 217 der Civilprozeßordnung ein. Dem Konkursverwalter steht die Wahl zu, ob er den Rechtsstreit aufnehmen oder seine Aufnahme ablehnen will.

Damit er sich für eine dieser Alternativen mit Beschleunigung erkläre, kann er von dem Anfechtungsgegner zur Aufnahme des Rechtsstreites und zur Verhandlung der Hauptsache geladen und bei seinem Ausbleiben im Termine durch Versäumnißurtheil ausgesprochen werden, daß das Verfahren von ihm aufgenommen sei. § 217 der Civilprozeßordnung.

Nimmt er den Rechtsstreit oder nach seiner Wahl einen der mehreren von verschiedenen Gläubigern zu demselben Zwecke anhängig gemachten Prozesse auf, so kann er den Anfechtungsanspruch wider den Gegner bis zu dem Maße, welches er bei selbstständiger Verfolgung des Anspruches erreichen könnte, §§ 30—32 der Konkursordnung, und unter der Voraussetzung erweitern, daß zur Zeit der beanspruchten

Erweiterung die Verjährungsgrenze des § 34 der Konkursordnung gewahrt ist. Den Klaggrund, den der Einzelgläubiger seinem Anspruche untergelegt hatte, darf er indeß ohne Genehmigung des Gegners nicht ändern. Focht jener z. B. nur aus § 3 Z. 3 des Anf.-Ges. an, so steht es ihm nicht zu, die Anfechtung auf § 24 der Konkursordnung und auf den Vorwurf der conscientia fraudis des Gegners zu basiren. Hartmann, Anf.-Ges. S. 88. Selbstredend muß die quantitative Erweiterung auch zu einer Zeit erklärt werden, wo sie nach Lage des Streites gemäß der Civilprozeßordnung an sich noch statthaft ist, also spätestens vor der zweitinstanzlichen Entscheidung, § 240 Z. 2, § 491 Abs. 2 der Civilprozeßordnung. Nachher steht ihm nur das Recht zu, gegen diese Entscheidung, sofern sie nicht schon rechtskräftig ist, noch Revision einzulegen. Motiven zum Anf.-Ges. S. 667. Aus demjenigen, was der Verwalter in dem aufgenommenen Prozesse schließlich erstreitet, sind dem Gläubiger die von ihm aufgewendeten Prozeßkosten vorweg zu erstatten. Der Gläubiger hat hierauf einen Masseanspruch. Es fallen darunter die Prozeßkosten schlechtweg, selbst solche, welche nach § 87 der Civilprozeßordnung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht eben nothwendig waren. Waren dergleichen aufgelaufen, so braucht ja der Verwalter nicht aufzunehmen.

Der Verwalter kann aber die Aufnahme des Rechtsstreites oder, wenn mehrere anhängig sind, die Aufnahme aller oder eines Theiles derselben ablehnen, wozu er die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen hat, wenn ein solcher bestellt ist. § 121 Z. 2 der Konkursordnung. Er kann selbstständig einen neuen Anfechtungsprozeß anstrengen, oder, falls er sich keinen Erfolg verspricht, auch hiervon absehen. Nicht einmal in diesem letzteren Falle lebt für die Dauer des Konkurses das Recht des einzelnen Gläubigers zur Geltendmachung des Anfechtungsanspruches wieder auf. Nur die Wirkung äußert die Ablehnung der Aufnahme seiten des Verwalters, daß der Rechtsstreit rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei aufgenommen werden kann. Dafern jedoch der Verwalter die Anfechtung selbstständig ausübt, kann sich für das Gericht empfehlen, von der in § 139 der Civilprozeßordnung vorgesehenen Befugniß der Aussetzung des wegen der Kosten aufgenommenen Streites bis zur Erledigung des zwischen dem Verwalter und dem Gegner schwebenden Anfechtungsprozesses Gebrauch zu machen. Hartmann, Anf.-Ges. S. 90.

bb) Ist der Rechtsstreit zwischen dem einzelnen Gläubiger und dem Anfechtungsgegner zur Zeit der Konkurseröffnung bereits erledigt, z. B. durch Vergleich, durch rechtskräftiges oder auch nur durch

vorläufig vollstreckbares Urtheil, so kann der Verwalter die aus dem Schuldtitel entspringenden Rechte durch Zwangsvollstreckung zur Geltung bringen. Die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung für ihn als den Rechtsnachfolger des Gläubigers unterliegt dabei den Vorschriften der §§ 665 und 666 der Civilprozeßordnung. Dem einzelnen Gläubiger kommt wiederum das Recht zu, die Erstattung der sämmtlichen Kosten des Rechtsstreites aus den Mitteln zu beanspruchen, die der Verwalter durch die Vollstreckung der Konkursmasse zurückführt.

Der Gläubiger konnte indeß zur Zeit der Konkurseröffnung den Vollstreckungstitel wider den Anfechtungsgegner schon geltend gemacht, und aus den zwangsweise, oder auch ohne Geltendmachung jenes Titels vom Gegner freiwillig zurückgewährten Gegenständen in Folge der Ausübung des ihm gegen den Schuldner zustehenden vollstreckbaren Titels eine Sicherung oder sogar Befriedigung erlangt haben. Eine solche vollendete Durchführung des Anfechtungsanspruches muß der Verwalter im Verhältnisse zum Anfechtungsgegner schlechterdings, im Verhältnisse zum gesicherten oder befriedigten Anfechtenden aber wenigstens in der Regel anerkennen. Er kann deshalb wider den Gegner eine Anfechtung nur noch insoweit ausüben, als der Umfang der auf Grund des § 30 der Konkursordnung dem Gegner obliegenden Rückgewährspflicht das Maß dessen übersteigt, was der Gegner zufolge § 7 des Anf.-Gesetzes dem einzelnen Anfechtenden zurückgewährt hatte. Das Pfandrecht oder die Befriedigung des Gläubigers braucht er dagegen in dem Ausnahmefalle nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als er die Sicherung oder Befriedigung erlangte, bekannt war, daß der nachher in Konkurs verfallene Schuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder daß ein Antrag auf Eröffnung des Konkurses zu seinem Vermögen gestellt war. Es greift also wider den Gläubiger die Vorschrift des § 23 Z. 1 der Konkursordnung Platz, obwohl die Sicherung oder die Befriedigung nicht von dem Schuldner oder dessen Stellvertreter, und nicht aus dem Vermögen des Schuldners erfolgt ist. § 13 Abs. 3 des Anf.-Gesetzes, Motiven dazu S. 667.

Es ist endlich denkbar, daß der anfechtende Einzelgläubiger, welcher vor der Konkurseröffnung wider den Gegner einen Vollstreckungstitel erlangt hat, erst nach der Konkurseröffnung, aber ohne Kenntniß von derselben und der vorausgegangenen Zahlungseinstellung sich eine vollstreckbare Ausfertigung ertheilen läßt, und mit der Vollstreckung vorgehend Sicherung oder Befriedigung aus den Leistungen des Gegners erlangt. Die sonst außerordentlich ausgiebigen Motiven zu

§ 13 des Anf.-Gesetzes besprechen diesen Fall nicht. Der Einzelgläubiger übt hier thatsächlich den Anfechtungsanspruch aus, ohne zu seiner rechtlichen Verfolgung noch activ legitimirt zu sein. Da der ihm zurückgewährte Gegenstand bei rechtmäßiger Ausübung des Anspruchs der Konkursmasse zufallen würde, verletzt der Einzelgläubiger den mit der Konkurseröffnung entstandenen sogenannten Konkursanspruch (exaequandum caeteris creditoribus l. 6 § 7 Dig. 42, 8 quae in fraud. cred.) und ich zweifle nicht, daß der Gläubiger nach Analogie des § 12 der Konkursordnung dem Verwalter zur Rückerstattung der gewonnenen Befriedigung oder zum Aufgeben der erlangten Sicherung verpflichtet ist. Selbstredend kann auch der Gegner, solange der Verwalter von derartiger Ausübung seines Verfolgungsrechts keine Kenntniß besitzt oder von eigener Ausübung desselben abstehen will, den Verlust der Legitimation des Einzelgläubigers zu dem unternommenen Vollstreckungsangriff durch Gebrauch der in §§ 668 und 686 der Civilprozeßordnung ihm eingeräumten Befugnisse geltend machen. Er hat sogar daran, nachdem er die Konkurseröffnung in Erfahrung gebracht hat, um so mehr ein dringendes Interesse, weil der Verwalter ihm gegenüber die an den Einzelgläubiger erfolgte Rückgewähr des anfechtbar Erworbenen nur nach Analogie des § 7 der Konkursordnung gegen sich gelten zu lassen hat.

c) Sobald der Konkurs beendigt ist, untersteht die Anfechtung regelmäßig den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879. Nur unter den in § 25 S. 155 dargelegten Voraussetzungen ist auch nach dieser Zeit dem Verwalter ein ausschließliches Anfechtungsrecht zuzuerkennen. Die Thatsache, daß der Konkurs vorausgegangen ist, ist indeß für den Anfechtungsanspruch des Einzelgläubigers von wesentlicher Bedeutung. Da bis zur Beendigung des Verfahrens die Sonderansprüche der Gläubiger in der Hand des Verwalters und zu dessen exclusiver Ausübung vereinigt waren, müssen sie auch den rechtlichen Einflüssen ausgesetzt gewesen sein, welche die Legitimation des Verwalters auf ihren Bestand haben konnte. Sie müssen deshalb nach Wegfall des Privilegs des Verwalters mit den nämlichen Mängeln behaftet bleiben, welche sich schon an das Anfechtungsrecht des Verwalters anknüpften. Vor allem ist ihre gänzliche Beseitigung eingetreten, wenn das Recht des Verwalters aufgehoben wurde, z. B. durch Vergleich, Urtheil, Nichtausübung innerhalb der einjährigen Frist des § 34 der Konkursordnung, Verzicht auf den Anspruch (nicht auch, wenn der Verwalter nur thatsächlich die Anfechtung unterließ). Es stehen, um mit den Worten des Gesetzes zu reden, den Anfechtungsrechten

der einzelnen Gläubiger die Einreden entgegen, welche gegen den Verwalter erlangt sind. § 13 Abs. 4 des Anf.-Ges., Motiven dazu S. 668.

Was die processuale Behandlung der Sonderrechte anlangt, so hört mit der Beendigung des Konkurses die durch seine Eröffnung eingetretene Unterbrechung des schon zu dieser letzteren Zeit anhängigen Anfechtungsrechtsstreites mit den in §§ 226, 227 der Civil-Prozeßordnung vorgesehenen Wirkungen wieder auf. War der Streit damals nicht rechtshängig, so muß der Einzelgläubiger einen neuen Prozeß anstrengen. Es steht ihm aber ebensowenig wie eine materielle Verfügung über die Sonderansprüche anderer Gläubiger so ein Recht darauf zu, einen etwa von dem Verwalter angestellten und liegen gelassenen Anfechtungsstreit aufzunehmen, weil den Gegenstand dieses Streites der Kollectivanspruch sämmtlicher Gläubiger gebildet hatte.

d) Das Reichsgesetz greift endlich Platz, wenn die Anfechtung einer Rechtshandlung in Frage steht, durch welche der Gläubiger nicht zur Konkursmasse gehörige Stücke seines Vermögens, vornehmlich die erst nach der Konkurseröffnung erworbenen entäußerte. Was die letzteren insbesondere anlangt, so steht die Anfechtung ihrer Veräußerung nicht bloß denjenigen Gläubigern, deren Anspruch erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, den sogenannten neuen Gläubigern, sondern auch den einzelnen Konkursgläubigern zu, § 13 Abs. 5 des Anf.-Gesetzes, Motiven dazu S. 668. Beide können ihre Rechte schon während des Konkurses und unabhängig von dem Verwalter ausüben. Dagegen sind die neuen Gläubiger zu einer Anfechtung der vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen erst nach Beendigung des Konkurses berechtigt. Motiven l. c. S. 669.

II. Die Principien des Gesetzes.

Sie stimmen mit den Principien der Anfechtung innerhalb des Konkurses vollkommen überein.

§ 3 Z. 1 des Anf.-Gesetzes (vergl. § 7 Z. 1 des Preuß. Anf.-Ges. vom 9. Mai 1855) basirt auf dem nämlichen Delict des Gegners, welches in § 24 der Konkursordnung betroffen wird. §§ 3, 17—19.

§ 3 Z. 3 und 4 haben gleich dem § 25 Z. 1 und 2 der Konkursordnung die ungerechtfertigte Bereicherung des Gegners durch eine freigebige Verfügung des Schuldners zum Rechtsgrunde. § 3 S. 24, 2, § 23.

§ 11 Abs. 2 trifft das Delict des § 33 Abs. 2 der Konkursordnung. § 19 S. 114 flg.

Dagegen fehlt es für die Anfechtung außerhalb des Konkurses an einem Analogon der Schuldart des § 23 der Konkursordnung.

Motiven zu § 3 des Anf.-Ges. S. 661. Ein solches wäre an sich nicht undenkbar. Man könnte z. B. eine in der Kenntniß einer erfolglosen außerkonkurslichen Zwangsvollstreckung bestehende Schuld als Verpflichtungsgrund anerkennen wollen.

Hartmann, Anf.-Gesetz S. 5 flg. legt dem rechtlichen Charakter der außerkonkurslichen Anfechtung eine wesentlich verschiedene Auffassung zu Grunde. Das Anfechtungsrecht soll sich lediglich als Ausfluß des Vollstreckungsrechts charakterisiren, als ein subsidiäres Mittel zur Herbeiführung der Befriedigung des Gläubigers, nachdem der primäre executive Angriff auf das Vermögen des Schuldners entweder sich als erfolglos darstellte oder keinen Erfolg versprach; die zur Verfolgung des Rechts gewährte Klage wird als Hülfsklage zur Realisirung der Zwangsvollstreckung gekennzeichnet. Die Delictsnatur des Anfechtungsrechts wird von Hartmann durchweg abgewiesen. Es stehen ihm hierfür auch die von ihm citirten Entscheidungen des vormaligen Obertribunals Berlin (Bd. 73 S. 125, 1874 und Bd. 77 S. 198, 1875) zur Seite, welche der preußischen Anfechtungsklage auf Grund des Gesetzes vom 9. Mai 1855 beimessen, sie sei keine actio doli, sondern ein Ausfluß der Executionsbefugniß des Gläubigers, eine Ergänzung der Executionsvollstreckung, und daher ein revocatorisches Rechtsmittel zur Ausführung der Execution. Im letzten Grunde kommt diese Auffassung mit der in § 1 S. 16 besprochenen Meinung Bar's überein. Zu ihrer Stützung bieten indeß weder die Motiven zum Reichsgesetz noch das letztere selbst ausreichenden Anhalt. Die Motiven S. 657, 658 geben zunächst im Hinblicke auf die Konkursordnung, augenscheinlich aber mit der Unterstellung, daß das Reichsgesetz auf den nämlichen Anschauungen sich aufbaue, folgende Entwicklung über das Princip des Anfechtungsrechts:

„Als die Grundlage für die Anfechtung erscheint ihr (der Konkursordnung) der Mangel der früher vorhanden gewesenen Befriedigungsmittel, vor welchem die Gläubiger zu der Zeit, wo sie aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung suchen, sich befinden. Dem verletzten Befriedigungsrechte der Gläubiger gegenüber sollen für sie die Mittel zurückgeschafft werden können, welche der Schuldner entweder in betrüglichem Einverständnisse mit dem Empfänger, oder welche er in einer verhältnißmäßig nahen Vergangenheit unentgeltlich aufgegeben hatte. Hiernach wird also die Grundlage des Anfechtungsrechts nicht gefunden in einem gegen den Anfechtenden gerichteten Betruge, ebensowenig in einer Benachtheiligung, welche der Anfechtende durch die Handlung erlitten habe, und demzufolge kommt es für das System der Konkursordnung nicht darauf an, ob der Schuldner bereits zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig

gewesen oder durch dieselbe es geworden, noch darauf, ob die Forderung des Gläubigers schon vor der Rechtshandlung entstanden war."

Diese Ausführungen stimmen allenthalben mit den in den Motiven zur Konkursordnung S. 1411 flg. niedergelegten überein. Soweit sie von der Annahme ausgehen, daß das gemeine Recht im Princip einen „gegen den Anfechtenden gerichteten Betrug" voraussetze, beruhen sie auf einer irrthümlichen Verschiebung des gemeinrechtlichen Erfordernisses der Identität der von der Verkürzungsabsicht des Schuldners umfaßten und der thatsächlich verkürzten Gläubiger, und es ist in dieser Richtung auf das in § 24, 4 a Bemerkte zu verweisen. Die Motiven rechtfertigen aber in alle Wege nicht die Hartmann'sche Meinung. Ganz gewiß beruht das Anfechtungsrecht innerhalb wie außerhalb des Konkurses darauf, daß den Gläubigern durch die anzufechtende Vermögensentäußerung Befriedigungsmittel entzogen worden sind, und daß die ihnen rechtlich gebührende Befriedigung zu der Zeit, wo sie ihnen zukäme, thatsächlich ausbleibt. Solche Verkürzung der Gläubiger ist in Wahrheit das Holz, aus dem der Bogen der Anfechtung geschnitzt ist. Allein damit ist zwar der letzte Zweck jeder Anfechtung richtig bezeichnet: ihre principielle Gestaltung erschöpft sich nur deswegen noch nicht durch die Angabe dieses ihres Zieles, sondern bestimmt sich zugleich dadurch, gegen wen und unter welchen wesentlichen materiellen Voraussetzungen sie die Verfolgung ihres Endzweckes ins Werk setzt. Daß der Pfeil, welcher von dem Bogen geschleudert wird, nicht den X. oder den A. treffen kann, sondern gerade entweder den fraudis conscius oder den, welcher sich aus der anzufechtenden Entäußerung grundlos bereicherte, ist nicht eine bloß zufällige Eigenschaft der Anfechtung. Ist die Anfechtung begrifflich die Reparirung einer Verletzung des Befriedigungsrechts der Gläubiger, so fragt es sich eben, wann und gegen wen das Gesetz eine derartige Verletzung zu repariren strebe, und es gehört zum Wesen der Anfechtung, daß sie dem Gläubiger entweder gegen delictische Entfremdung von Befriedigungsobjecten oder gegen unbillige, ungerechtfertigte Bereicherung um solche Objecte das rechtliche Mittel zu seiner Erholung darbietet. Von den Motiven wird dieses wichtige Moment nicht verkannt:

„Dem verletzten Befriedigungsrechte der Gläubiger gegenüber sollen für sie die Mittel zurückgeschafft werden können, welche der Schuldner entweder in betrüglichem Einverständnisse oder welche er in einer verhältnißmäßig nahen Vergangenheit unentgeltlich aufgegeben hatte." (S. 658.)

Ebenso unzutreffend sind die Gründe, aus denen Hartmann der Anfechtung die theilweise delictische Natur abspricht. Der durch ein Delict geschaffene Rechtszustand, sagt er S. 5, habe in der Regel keinen Anspruch auf Rechtsbestand. Die anfechtbare Handlung dagegen werde in ihrer Rechtsgültigkeit durch die Anfechtung nicht im mindesten erschüttert, so daß sich der Vertragsgenosse des Schuldners wegen einer anfechtbaren Leistung oder wegen Erstattung seiner Gegenleistung nur an diesen halten könne. Allein der Delictscharakter wohnt der Handlung nur in der Richtung bei, insofern sie eine Verletzung des Befriedigungsrechts der Gläubiger enthält, und demzufolge nur im Verhältnisse zwischen dem verletzten Gläubiger und dem fraudulosen Anfechtungsgegner; aus welchem Grunde sollte ihr der Rechtsbestand in ihrer Totalität abgesprochen, und der Mangel der Nichtigkeit aufgedrückt werden? Auch das kann der Delictsnatur nicht entgegenstehen, daß die Anfechtung lediglich die Rückgewähr dessen erstrebt, was aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden ist, und nur insoweit, als dieselbe zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist. Denn dadurch wird nur die Grenze jeder sachverfolgenden Delictsklage gekennzeichnet; mehr als eine Reparirung der durch das Delict geschaffenen Verletzung gewähren auch die actiones doli oder metus nicht. Die fernere Behauptung, eine Delictsklage gehe auf die Erben nur insoweit über, als diese aus dem Delict bereichert seien, widerlegt sich durch das S. 173 Gesagte. Wenn endlich Hartmann einwendet, ein Delict müßte bedingungslos verfolgt werden können, während die Anfechtung den vollstreckbaren Schuldtitel zur Voraussetzung habe, so wird sich unten (IV, 1) zeigen, daß das Erforderniß eines dem Anfechtenden zur Seite stehenden Vollstreckungstitels nur zum Nachweise der vollendeten Befriedigungsverletzung des Gläubigers dient, welche ein unerläßliches Moment des Delictsthatbestandes bildet.

Die Charakterisirung des außerkonkurslichen Anfechtungsrechts als einer Hülfsklage für die Execution weist hiernach zutreffend darauf hin, wie der Zweck der Anfechtung in der Zurückführung von Befriedigungsobjecten behufs Ermöglichung einer Zwangsvollstreckung in dieselben gipfelt. Sie trifft aber nicht das Wesen des Anfechtungsanspruchs und giebt darüber, ob ihm dingliche oder persönliche, Vertrags-, Delicts- oder Legalobligationsnatur zukomme, gar keinen Aufschluß. Im Gegentheil bietet sie einem unzweifelhaften Irrthum Raum. Wäre der Anspruch nur ein erweitertes Recht auf Execution, so wäre er identisch mit dem verletzten materiellen Befriedigungsrechte selbst, die außerkonkursliche Anfechtung wäre dem 8. Buche der Civilprozeß-

ordnung einzureihen. Der Executions- oder Arrestanspruch ist, will man sich überhaupt dieser Ausdrucksweise bedienen, in Wahrheit der materielle Anspruch, sofern ihm die formelle Kraft der sofortigen Executions- oder Arrestreife, der zwangsweisen staatlichen Realisation oder Sicherung beiwohnt. Der Anfechtungsanspruch steht dagegen neben demjenigen Rechte, dessen Verletzung er auszugleichen tendirt, vollkommen selbstständig da; eine Verfügung über ihn trifft keineswegs nothwendig zugleich jenes verletzte Recht, er ist also ohne jede Rücksicht auf das letztere für sich veräußerlich und activ wie passiv vererblich, er selbst kann durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert, er selbst executionsreif werden. Durch die Hartmann'sche Formulirung seines Princips werden alle diese Eigenschaften verdunkelt und verwischt; nur der Zusammenhang, der den Anfechtungsanspruch mit dem verletzten Rechte dadurch verbindet, daß er dessen Nachweis in der Gestalt des vollstreckbaren Schuldtitels und dessen Verkürzung in dem Mangel an Befriedigungsmitteln zur Voraussetzung hat, wird ungebührlich in den Vordergrund gedrängt.

Hartmann leitet S. 9 aus seiner Auffassung des Anfechtungsprincips für den Gerichtsstand der Anfechtungsklage die Folgerung her, es greife für die Klage als solche ein besonderer Gerichtsstand nicht Platz. Nach meiner Auffassung des Princips muß dem Anfechtenden für eine Klage, welche er aus § 3 Z. 1 und 2, oder aus § 11 Abs. 2 des Anf.-Gesetzes erhebt, der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung des § 32 der Civilprozeßordnung zur Wahl stehen (ebenso wie dem Konkursverwalter für eine Klage aus § 24, § 33 Abs. 2 oder auch aus § 23 der KO), für eine auf § 3 Z. 3 und 4 des Anf.-Gesetzes basirte Klage aber der Gerichtsstand des Erfüllungsorts gemäß § 29 der Civilprozeßordnung, da alsdann die Klage auf die Aufhebung der wenigstens zumeist in der Gestalt eines Vertrags zu Stande gekommenen Vermögensentäußerung abzielt. Vergl. Struckmann-Koch Bem. 1 zu § 29 der Civilprozeßordnung; Gaupp Bem. IV, c zu § 29 der Civilprozeßordnung.

III. Die materiellen Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs.

1. Eine Vermögensentäußerung. Ihr Begriff bestimmt sich nach dem in §§ 4—15 Entwickelten. §§ 1, 3, 11 des Anf.-Ges. = §§ 22, 24, 25, 33 der Konkursordnung. § 6 des Anf.-Ges. = § 28 der Konkursordnung (§ 15 S. 84 flg.).

2. Auf Seiten des Gegners entweder die Verschuldung der Mitwissenschaft von der Benachtheiligungsabsicht des Schuldners, oder eine ungerechtfertigte Bereicherung. (II.)

Die Vorschriften der Konkursordnung sind hier lediglich wiederholt. §§ 17—19, 23.

Auch die zur Erleichterung des Schuldbeweises dienenden rechtlichen Vermuthungen des § 24 Z. 2 und des § 33 Abs. 2 Z. 2 der Konkursordnung kehren in § 3 Z. 2 und § 11 Abs. 2 Z. 2 des Anf.-Ges. wieder. § 34 II. und III.

Nur die Zeitgrenze, in der die anfechtbare Rechtshandlung in den Anfechtungsfällen des § 3 Z. 3, 4 des Anf.-Ges. verb. mit § 11 und zur Anwendbarkeit der Rechtsvermuthung in § 3 Z. 2 inneliegen muß, bedurfte der Festsetzung einer der Konkurseröffnung entsprechenden Thatsache, von welcher aus der seiner Dauer nach unverändert gelassene Zeitraum (1 Jahr, in § 3 Z. 4 = § 25 Z. 2 der KO. 2 Jahr) rückwärts zu rechnen ist. Das Reichsgesetz läßt die Zeitgrenze von der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches zurückgerechnet ihren Anfang nehmen. Zwar entspricht dieser Punkt nicht eigentlich dem, wo actio nata est; er empfahl sich aber legislativ seiner bequemen Feststellung halber als Ausgangspunkt der Frist. Motiven zu § 3 des Anf.-Ges. S. 662. Vergl. § 235 mit 230 und 460, §§ 254, 461, 471 der Civilprozeßordnung.

Diese Zeitgrenze gelangt auch dann zur Anwendung, wenn der Rechtsstreit durch die Konkurseröffnung unterbrochen und vom Verwalter aufgenommen wird. Könnte die Rechtshandlung auf Grund der Konkursordnung vom Verwalter nicht angefochten werden, weil sie ein (bez. zwei) Jahr vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurde, so übt die frühere Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs und die Aufnahme des anhängigen Rechtsstreits die Wirkung einer Verlängerung der in der Konkursordnung festgesetzten Fristen. Motiven zu § 13 des Anf.-Ges. S. 667. Umgekehrt berechnen sich die Zeitgrenzen des § 3 Z. 2—4 des Anf.-Ges. von der Konkurseröffnung ab, wenn die Anfechtung während des Verfahrens von dem Verwalter nicht ausgeübt wurde und nach Beendigung des Konkurses an die einzelnen Gläubiger zurückfällt. Denn während des Verfahrens war den letzteren die Rechtshängigmachung des Anfechtungsanspruchs abgeschnitten. § 13 Abs. 4 des Anf.-Ges.

Die Fristen des § 3 Z. 2—4 erfahren eine eigenthümliche Erweiterung, wenn es an einem der unten zu besprechenden formellen Erfordernisse des Anfechtungsanspruchs, der Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels und der Fälligkeit der Forderung des die Anfechtung beabsichtigenden Gläubigers gebricht. Der Gläubiger wäre hier an der Rechtshängigmachung seines Anspruches verhindert; ver-

strichen inzwischen die kurz bemessenen Zeitgrenzen, so ginge er des Anspruches verlustig. Zur Wahrung desselben dient ihm daher das Mittel, den als Anfechtungsgegner in Aussicht genommenen unmittelbaren Geschäftsgenossen des Schuldners durch Zustellung eines einfachen Schriftsatzes von seiner Absicht in Kenntniß zu setzen, daß er die Handlung des Schuldners, an welcher jener Theil genommen, in Zukunft anfechten werde. Von dieser Zustellung ab werden alsdann die Fristen unter einer doppelten Voraussetzung zurückgerechnet. Einmal mußte der Schuldner schon zur Zeit der Zustellung zahlungsunfähig (solvere non posse, nicht = insufficient) sein. Der Gläubiger hat dies nicht etwa dem Gerichtsvollzieher, den er um die Zustellung angeht, darzuthun oder glaubhaft zu machen; wohl aber muß er es im Anfechtungsstreite behaupten und beweisen. Andrerseits muß die Rechtshängigmachung des Anspruchs bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit der Zustellung des Schriftsatzes erfolgen. Gelingt es dem Gläubiger in dieser Zeit nicht, den vollstreckbaren Schuldtitel zu erlangen, oder wird die Forderung bis dahin nicht fällig, so ist die Verjährung seines Anspruches definitiv eingetreten. § 4 des Anf.-Ges., Motiven dazu S. 662, 663. Anders § 6 des Preuß. Anf.-Ges. vom 9. Mai 1855, welcher die Fristerstreckung von der Erhebung des Prozesses, von der Bescheinigung der Insufficienz des Schuldners und von einer Bekanntmachung des Prozeßgerichts an den Gegner abhängig machte.

In § 4 ist nur über die Erweiterung der Fristen des § 3 Z. 2—4 gegenüber dem unmittelbaren Geschäftsgenossen des Schuldners Bestimmung getroffen. Da indeß nach § 11 Abs. 2 des Anf.-Ges. die Anfechtung gegen den dritten Erwerber wie im Konkurse zur Voraussetzung hat, daß die Anfechtung gegen den ersten Erwerber eventuell also auch gemäß § 3 Z. 2—4 begründet war, so würde eine aus § 3 Z. 2—4 abgeleitete Anfechtbarkeit dieser ersten Rechtshandlung ohne Ausnahme davon abhängen, daß entweder die Fristen des § 3 oder die erweiterten des § 4 durch Zustellung an den Vertragsgenossen gewahrt seien. Allein daran, daß die Fristerstreckung des § 4 dem Vertragsgenossen des Schuldners gegenüber Platz greife, hat der Gläubiger, welcher die Anfechtung gegen den dritten Erwerber bezweckt, vielleicht gar kein Interesse. Es genügt deshalb nach § 11 Abs. 3 des Anf.-Ges. zur Erstreckung der Fristen gemäß § 4 die Zustellung eines Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird. Dieser Vorschrift bedurfte es vornehmlich auch, um die Rechtsvermuthung des § 11 Abs. 2 Z. 2 nicht zu Ungunsten des Gläubigers zu beschneiden. Denn zu den Umständen,

welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, gehört auch die Wahrung der Fristen des § 4, wenn § 3 Z. 2—4 nicht einschlagen. Bewiese also der Gegner im Falle des § 11 Abs. 2 Z. 2, daß er von der Zustellung des Schriftsatzes an den ersten Erwerber zur Zeit seines Erwerbes keine Kenntniß hatte, z. B. wenn sein Erwerb vor der Zustellung stattfand, so wäre die dem Gläubiger gewährte Beweiserleichterung ohne die Vorschrift des Abs. 3 illusorisch. Motiven zu § 11 S. 666.

Hinsichtlich der Fristberechnung ist auf das in § 34 II. 3 Gesagte Bezug zu nehmen.

Ueber die Form der Zustellung enthält das Gesetz keine Vorschrift. Doch weist schon die Wahl des Wortes: Zustellung (§ 152 flg. der Civilprozeßordnung) und die Thatsache, daß ein anticipirtes Stück des künftigen Anfechtungsstreites in Frage steht, darauf hin, daß nicht die formlose Zufertigung eines Briefes, sondern eine prozeßordnungsgemäße Zustellung durch den Gerichtsvollzieher gemeint ist. Der Anfertigung des zuzustellenden Schriftsatzes durch einen Rechtsanwalt wird es auch dann nicht bedürfen, wenn die Höhe des künftigen Streitobjectes später den Anwaltsprozeß bedingt. Kranichfeld S. 36; Hartmann, Anf.-Ges. S. 61. Daß auch die Vermittlung des Gerichtsschreibers in Anspruch genommen werden kann, scheint mir, da kein Anwaltszwang besteht, die Analogie des § 152 Abs. 2 der Civilprozeßordnung zu ergeben. A. A. Hartmann l. c.

3. Als Erfolg der Handlung die Verkürzung des Gläubigers.

Der Gläubiger ist nach dem Anfechtungsgesetze verletzt, wenn sein Schuldner wegen Mangels an paraten Befriedigungsmitteln außer Stande ist, die fällige Schuld zu berichtigen, das ist wenn er zahlungsunfähig ist. Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners, wie sie das Preuß. Anf.-Ges. §§ 2—4 erforderte, braucht nicht vorzuliegen. Die Motiven zu § 2 S. 659 gehen noch einen Schritt weiter. Sie meinen, das Zahlungsunvermögen des Schuldners brauche nicht die allgemeine Zahlungsunfähigkeit zu sein, welche zur Konkurseröffnung vorausgesetzt werde. Es sei gleichgültig, ob der Schuldner zugleich alle fälligen Forderungen auch anderer andringender Gläubiger zu erfüllen außer Stande sei; es genüge schon sein Unvermögen, dem einzelnen Gläubiger wegen seiner zur Vollstreckung stehenden Forderung Befriedigung zu gewähren. Diese Argumentation ist nicht vollkommen zutreffend. Zwar wird selbstverständlich die allgemeine Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners nicht dadurch behoben, daß er einzelne

Gläubiger befriedigen könnte. Allein eine Benachtheiligung eines einzelnen Gläubigers ist immer nur bewirkt, wenn der Schuldner zahlungsunfähig überhaupt ist, und ich kann dem Einzelgläubiger gegenüber einen Unterschied zwischen der allgemeinen Zahlungsunfähigkeit und der bloßen partiellen auf die Forderung des Gläubigers beschränkten Zahlungsunfähigkeit nicht anerkennen. Hätte der Schuldner noch irgend welche parate Mittel, mit deren Hülfe er die sofortige Befriedigung des Gläubigers herbeiführen könnte, so liegt Zahlungsunvermögen desselben auch dann nicht vor, wenn der Gläubiger die Vollstreckung in sein Vermögen schon erfolglos versucht hatte. Oder worin besteht denn sonst der für jede Anfechtung wesentliche eventus fraudis? Doch nicht in dem bloßen thatsächlichen Ausbleiben der Befriedigung des Gläubigers zur Zeit der Fälligkeit seiner Forderung, sondern darin, daß der Schuldner in Folge der Rechtshandlung einen Zustand seines Vermögens geschaffen hat, welcher die rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers unmöglich macht. Das Gesetz sagt nun freilich nicht, daß Zahlungsunvermögen des Schuldners vorliegen muß. Die Konkursordnung (vergl. Motiven zu Tit. 3 des I. Buchs S. 1411) konnte sich eher einer derartigen Bestimmung enthalten, weil sie die Anfechtung nach der Konkurseröffnung regelte, welche von dem Zutagetreten der allgemeinen Zahlungsunfähigkeit abhängt. Gleichwohl steht das Gesetz meiner Auffassung nur zur Seite. Es statuirt in § 2 die Voraussetzung, daß eine vom Gläubiger unternommene Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat, oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde. Die letztere Alternative läßt mit Bestimmtheit erkennen, worauf es ankommt: eine Lage des schuldnerischen Vermögens, welche die sofortige Befriedigung des Gläubigers mangels parater Beschlagnahmeobjecte nicht zuläßt. Sie giebt auch der ersteren Alternative ihre wahre Bedeutung. Hat der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in irgend welche Mittel des Schuldners vergeblich versucht, so ist mindestens sehr wahrscheinlich, daß jener Zustand des schuldnerischen Vermögens vorhanden sei, da der Gläubiger sich in der Wahl der Executionsmittel schwerlich vergreifen wird. Die erfolglose Vollstreckung documentirt zwar an sich bloß das partielle Zahlungsunvermögen des Schuldners in Hinsicht der zur Vollstreckung gebrachten Forderung und in Hinsicht der als Executionsobjecte bezeichneten Vermögenstheile. Es erscheint aber sachgemäß, daß dem Gläubiger, welchem der vergebliche Versuch der Vollstreckung zur Seite steht, ein weiterer Beweis der Zahlungsunfähigkeit nicht angesonnen wird. Nach

den Motiven, welche die Hinzufügung der letzteren Alternative einer besonderen Rechtfertigung würdigen, könnte man annehmen, daß der Nachweis der vergeblichen Vollstreckung den Normalfall des Beweises des schuldnerischen Zahlungsunvermögens bilde, während die zweite Alternative nur als eine Ausnahme in der Lieferung desselben Beweises hinzutrete. Das richtige Verhältniß beider ist vielmehr dahin zu bestimmen. Der unschwer zu erbringende Beweis der erfolglosen Vollstreckung begründet zu Gunsten des Gläubigers eine rechtliche Vermuthung für das allgemeine Zahlungsunvermögen des Schuldners. Der Gläubiger kann aber den Beweis des Zahlungsunvermögens, oder wie man in Anlehnung an das Gesetz sich ausdrücken könnte, den Beweis der voraussichtlichen Erfolglosigkeit einer Zwangsvollstreckung auch durch beliebige andere Beweisgründe unternehmen. Hieraus ergiebt sich die wichtige Folge. So wie dem vom Verwalter belangten Anfechtungsgegner der Nachweis freisteht, daß trotz der Konkurseröffnung keine allgemeine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und deshalb kein eventus fraudis vorliege (§ 34 S. 190), so ist, wenn auch der einzelne Gläubiger die erfolglose Zwangsvollstreckung darthut, der Anfechtungsgegner zu dem Gegenbeweise zuzulassen, daß der Schuldner nichts destoweniger parate Mittel zur Befriedigung des Anfechtenden besitzt, in welche die Vollstreckung noch nicht versucht worden ist. Ein Gläubiger kann z. B. durch Pfändung von Mobilien nur zu einem kleinen Theile Befriedigung erlangt haben. Ficht er darauf eine Rechtshandlung des Schuldners an, während ihm der Gegner nachweist, daß der Schuldner zahlreiche hypothekenfreie und zur Befriedigung zulängliche Grundstücke besitzt, so ist jener mit dem Anfechtungsanspruche abzuweisen. Nach der Construction der Motiven, welche übrigens an die in § 39, 2 b S. 213 erwähnte gemeinrechtliche Ansicht anklingt, müßte man den Gegenbeweis versagen. Andrerseits läßt sich aber nach dem Wortlaute des § 2 des Anf.-Ges. nicht mit Hartmann, Anf.-Ges. S. 28 erfordern, daß die Resultatlosigkeit der Vollstreckung in das Gesammtvermögen des Schuldners bereits feststehe: prima facie und abgesehen von dem zulässigen Gegenbeweise genügt ein einzelner vergeblicher executorischer Schritt.

Wann auf Seite des Schuldners Befriedigungsunvermögen anzunehmen ist, ist Sache der freien richterlichen Erwägung. Als Anhaltepunkte für das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit werden dem Richter z. B. die kurze Zeit auf Antrag eines anderen Gläubigers vorhergegangene erfolglose Vollstreckung, die Leistung des Offenbarungseides durch den Schuldner (§ 711 der Civilprozeßordnung),

die Thatsache, daß der Schuldner das Armenrecht erbeten hat oder aus öffentlichen Kassen Unterstützung bezieht, die übermäßige Belastung seiner Grundstücke mit Hypotheken, und ähnliche Erscheinungen oder Vorgänge dienen können.

IV. Die formelle Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs.

1. Der activ Legitimirte.

Zur Anfechtung außerhalb des Konkurses ist der Natur der Sache nach der einzelne verkürzte Gläubiger als das eigentliche Subject des Anfechtungsanspruchs berufen. Es macht keinen Unterschied, ob seine Forderung persönlicher oder dinglicher Natur oder auch mit einem Absonderungsrechte verbunden ist. Seine Legitimation ist indeß nach § 2 des Anf.=Ges. an eine zweifache Voraussetzung geknüpft.

Die Forderung des Anfechtenden muß fällig sein. Schon die Motiven zu § 1 a. E. des Gesetzentwurfes S. 659 hoben hervor, daß sie nicht betagt und nicht (aufschiebend) bedingt sein dürfe. Eher kann ja von einem vollkommenen Befriedigungsrechte desselben und deshalb auch von seiner Verkürzung nicht die Rede sein. Auf Anlaß der Reichstagscommission ist das Erforderniß in § 2 besonders zum Ausdrucke gebracht worden. Sind daher Forderungen verkürzt, welche in Raten fällig werden, so kann die Anfechtung nur bis zum Betrage der verfallenen Raten geltend gemacht werden. Hartmann, Anf.=Ges. S. 21.

Alsdann muß der Anfechtende einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt haben. Nur im Wege der Einrede darf er vor Erlangung des Titels die Anfechtung ausüben, er hat denselben jedoch vor der Entscheidung binnen einer von dem Gerichte zu bestimmenden gemäß § 198 flg. der Civilprozeßordnung zu rechnenden Frist beizubringen. § 5 des Anf.=Ges. (ein Erzeugniß der Reichstagskommission.) Wenn der Schuldtitel ein nur vorläufig vollstreckbarer oder das Urtheil unter Vorbehalt (§ 502 und 562 der Civilprozeßordnung) ergangen ist, so ist in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urtheile die Vollstreckung desselben davon abhängig zu machen, daß die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird. § 10 des Anf.=Ges.

Das Erforderniß, daß dem Gläubiger ein vollstreckbarer Schuldtitel zur Seite stehen muß, entstammt der preußischen Geschichte der Anfechtungslehre (Meischeider S. 15 verb. S. 7 flg.); legislativ scheint mir dasselbe durchaus verwerflich.

„Die Fälligkeit der Forderung“, führen die Motiven zu seiner Rechtfertigung unter Bezugnahme auf § 1 des Preuß. Gesetzes vom

9. Mai 1855 an, „berechtigt den Gläubiger nur, Erfüllung derselben von dem Schuldner zu verlangen. Erst die Vollstreckbarkeit gewährt dem Gläubiger die rechtliche Möglichkeit, ohne den Willen des Schuldners einzelne Vermögensstücke desselben nach seiner Auswahl zu seiner Befriedigung zu verwenden. Um so mehr muß eine Befugniß des Gläubigers, aus dem Vermögen des Schuldner ausgeschiedene Gegenstände einem dritten Erwerber gegenüber zu seiner Befriedigung zu beanspruchen, an die Voraussetzung der Vollstreckbarkeit gebunden sein. Der vollstreckbare Schuldtitel begründet zugleich in genügender Weise die Legitimation des Gläubigers gegenüber dem Dritten. Ein sonstiger Nachweis der Forderung des Gläubigers ist nicht erforderlich. Zwar kann von einer Rechtskraft des gegen den Schuldner ergangenen Urtheils dem Dritten gegenüber nicht die Rede sein. Einer solchen bedarf es aber auch nicht, da der Anfechtungsanspruch einen eigenen Inhalt hat. Der Gläubiger braucht sich nur auszuweisen, daß er dem Schuldner gegenüber das selbstständige Recht erlangt habe, in Höhe eines bestimmten Schuldbetrages seine Befriedigung aus dem Vermögen desselben zwangsweise zu suchen."

Gewiß ist das Vorhandensein eines Vollstreckungstitels zum prima facie-Nachweis einer gegen den Schuldner bestehenden Forderung wider den Gegner verwerthbar. Daraus folgt aber nur soviel, daß der Gläubiger, wenn er einen Vollstreckungstitel beigebracht hat, keinen weiteren Nachweis seiner Gläubigereigenschaft zu erbringen hat und abwarten darf, ob der Gegner den Nachweis des Nichtbestehens seiner Forderung unternehmen werde. Wenn der Erlangung des Titels bloß diese Bedeutung einer Beweiserleichterung beigelegt wäre, könnte man damit nur einverstanden sein. Dagegen erheben §§ 2, 4, 10 des Anf.-Ges. die Erlangung des Titels zur unerläßlichen formellen Voraussetzung der Durchführung des Anfechtungsrechts. Und aus welchen Gründen? Liegt das Princip des Anfechtungsanspruchs in der Verletzung des Befriedigungsrechts des Gläubigers, so frage ich: ist dieses Befriedigungsrecht mehr oder weniger verkürzt, wenn es rechtshängig und executionsreif ist, oder wenn seine Geltendmachung noch nicht unternommen, vielleicht noch gar nicht beabsichtigt wurde? Die Motiven geben darüber keine Auskunft. Sie müßten vor allem erklären, warum die rechtliche Möglichkeit gegeben sein müsse, daß der Gläubiger auch ohne den Willen des Schuldners einzelne Vermögenstheile desselben nach seiner Auswahl zu seiner Befriedigung verwende. Die Anfechtung ist doch keine Execution, sondern sie ebnet nur der künftigen Execution die Bahn und wird ihrer Rechtsnatur nach davon nicht berührt, ob in naher oder fernerer Zukunft die Vollstreckung in die zurückzugewinnenden Vermögenstheile erfolgen könne. Warum

wird deshalb der Gläubiger genöthigt, schlechterdings und selbst dann den Vollstreckungstitel beizubringen, wenn der Anfechtungsgegner das Bestehen seines Befriedigungsanspruches im Rechtsstreite einräumt? Und bietet etwa das Vorliegen des Titels eine Garantie dafür, daß der Gläubiger nach erfolgreicher Durchführung des Anfechtungsstreits von dem Titel durch Zwangsvollstreckung in die zurückgeführten Gegenstände Gebrauch macht? Die Motiven erkennen endlich selbst an, daß dem Gegner unverwehrt ist, gegen den Titel Einwendungen zu erheben. Sie gestehen ihm auch nicht bloß die Vollstreckungseinwendungen des § 686, 704 Abs. 2, 705 Abs. 4 der Civilprozeßordnung zu, sondern verstatten ihm (S. 659) auch die exceptio doli, daß die Erlangung des Schuldtitels auf einer Kollusion zwischen Gläubiger und Schuldner beruhe. Auf der anderen Seite verkennen sie nicht, wie von einer dem Dritten gegenüber durch den Titel erzeugten Rechtskraft nicht die Rede sein könne. Daraus folgere ich aber das plus, daß dem Gegner alle Einwendungen gegen die Entstehung oder das Fortbestehen der mit dem Titel versehenen Forderung, also ohne die durch das Vollstreckungsverfahren dem Schuldner gezogenen Schranken, freistehen müssen. Hat daher auch der Anfechtende stets die Erlangung des Schuldtitels beizubringen — lex ita scripta est —; die bewirkte Beibringung hat im Verhältnisse zum Gegner nur die Wirkung, daß diesem die Beweislast für das Nichtbestehen der Forderung des Anfechtenden aufgebürdet wird.

Da übrigens ein Befriedigungsrecht des Anfechtenden verletzt sein muß, genügt nicht ein Vollstreckungstitel, nach welchem der Schuldner nicht zu einer Vermögensleistung, sondern zu einem bloßen facere verpflichtet ist. Aus diesem Grunde darf der Titel z. B. nicht bloß eine Verbindlichkeit zur Rechnungslegung betreffen. Hartmann, Anf.-Ges. S. 24. Wohl aber reicht ein Titel aus, welcher auf die Leistung des Interesses zufolge Verweigerung oder Unmöglichkeit eines facere gerichtet ist.

2. Der Anfechtungsgegner. Vergl. darüber § 26 S. 156 flg.

Gegen den veräußernden Schuldner greift die Anfechtung des Einzelgläubigers ebensowenig wie die des Verwalters (S. 160) Platz. Indeß kann der Schuldner zufolge einer Streitverkündigung des Anfechtungsgegners, aber auch freiwillig, auf sein rechtliches Interesse an dem Obsiege des in Anspruch Genommenen sich stützend, als Nebenintervenient dem Streite beitreten. Eine Nebenintervention des Schuldners zu Gunsten des anfechtenden Gläubigers ist dagegen unzulässig, da ihm ein eigenes Recht zur Anfechtung nicht zusteht. Schultze,

Zeitschrift für Civilprozeß Bd. II. S. 88 flg. Mit Unrecht spricht Kranichfeld S. 46, 47 dem Gegner das Recht der Streitverkündigung ab, weil der Ersatzanspruch desselben auf besonderen privatrechtlichen Beziehungen zum Schuldner beruhe; dieser Grund würde jeder Litisdenunciation entgegenstehen. Auch der Grund ist nicht stichhaltig, welchen Kranichfeld für die Unzulässigkeit jeder Nebenintervention des Schuldners anführt: daß dem Schuldner gegenüber seinen beiden Gläubigern ein vermögensrechtliches Interesse, daß der eine oder der andere zunächst Befriedigung erlange, nicht zukomme. Dem aus § 8 des Anf.=Gesetzes abgeleiteten Regreßanspruche des Gegners, welcher wider den Schuldner in Folge des Sieges des Anfechtenden erwächst, muß meines Erachtens die Eigenschaft eines rechtlichen Interesses im Sinne des § 63 der Civilprozeßordnung in der That zuerkannt werden, z. B. in dem von Hartmann, Anf.=Gesetz S. 75 gebildeten Falle, wenn der mit dem Vollstreckungstitel verknüpfte Anspruch des Anfechtenden einem Einwande aus § 686 Abs. 2 der Civilprozeßordnung unterliegt.

3. Die Modalitäten der Anfechtung.

Sie fallen im allgemeinen mit den in § 27 dargelegten zusammen. Es ergiebt sich jedoch aus § 9 des Anf.=Gesetzes (§ 14 des Preuß. Anf.=Ges.; dazu Meischeider S. 82) die legislativ vielleicht nicht genügend begründete Abweichung, daß bei klagweiser Verfolgung der Anfechtung das Sachgesuch, wie das Preußische Gesetz deutlicher sagte, „sogleich" auf die Rückgewähr des Veräußerten zu richten, deshalb die Erhebung einer Klage auf Feststellung der Anfechtbarkeit, das sogenannte judicium rescindens gemäß § 231 der Civilprozeßordnung, ausgeschlossen ist. Motiven zu § 9 des Anf.=Ges. S. 665; Hartmann, Anf.=Ges. S. 75.

4. Wirkung und Umfang der Anfechtung.

a) Die dem Einzelgläubiger verliehene Anfechtung hat in dem Maße seines Befriedigungsrechts ihre nothwendige Grenze. Denn über den Betrag seiner Forderung, sammt deren Anhängen hinaus ist ihm ein Verkürzungsschaden nicht erwachsen. Vergl. § 28, 1 S. 165; § 7 des Anf.=Ges. („soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist"); Motiven zu § 1 des Anf.=Ges. S. 659; Hartmann, Anf.=Ges. S. 4, 69.

b) Dem Anfechtungsgegner kommt wie im Konkurse (§ 28, 2 S. 165) zur Abwendung der Anfechtung die facultas alternativa zu, den anfechtenden Gläubiger unmittelbar an Stelle des Schuldners zu befriedigen. Damit tilgt er bis zum Umfange des Rückgewährten seine Anfechtungsschuld. Motiven zu § 7 des Anf.=Ges. S. 663.

c) Die Anfechtung bezweckt, daß die Rechtshandlung des Schuldners dem einzelnen anfechtenden Gläubiger gegenüber in ihrem Erfolge aufgehoben, unwirksam gemacht werde. § 1 des Anf.-Gesetzes. Uebt daher ein Gläubiger die Anfechtung aus, so erzeugt der Rechtsstreit weder für, noch wider andere neben ihm zur Anfechtung derselben Rechtshandlung legitimirte Gläubiger rechtliche Wirkungen. Motiven zu § 1 S. 659. Die mehreren Gläubiger können neben einander den Anfechtungsanspruch geltend machen. Auch die Priorität der Klagerhebung begründet unter ihnen kein Vorrecht. Selbst die vom Gegner bewirkte Rückgewähr an den einen Gläubiger hat der andere nicht eher gegen sich gelten zu lassen, als bis der siegreiche erste Gläubiger sich durch Vollstreckung ein Pfandrecht an dem Rückgewährten verschafft hat. Insoweit ist alsdann der durch die Rechtshandlung verursachte Schaden, auf dessen Reparirung der Gegner haftet, mit bindender Wirkung für jeden andern Anfechtungsberechtigten ausgeglichen. Motiven S. 663. So lange ist auf der andern Seite der Anfechtungsgegner den neben einander bestehenden Ansprüchen der mehreren Gläubiger ausgesetzt. Daraus, daß der Gegner seiner Rückgewährspflicht auch durch unmittelbare Befriedigung der verkürzten Gläubiger Genüge leisten kann (vergl. b), erwächst hierbei für mehrere neben einander zur Anfechtung Berechtigte eine erhebliche Gefahr. Der Gegner hat es in der Hand, die Anfechtungsansprüche derselben dadurch zu tilgen, daß er nach seiner Wahl einzelne von den Anfechtenden bis zum Betrage seiner Rückgewährspflicht unmittelbar befriedigt. Das Gesetz hätte der Priorität der Klagerhebung wenigstens die Ausschließung dieser Füglichkeit beilegen können.

d) Ihrem Inhalte nach besteht die Leistung des Anfechtungsgegners in der Wiederherstellung des Zustandes des schuldnerischen Vermögens, welcher die ungehinderte Zwangsvollstreckung in die veräußerten Vermögensstücke verstattete. Daß jener Zustand gestört und dadurch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herbeigeführt wurde, hatte den dem Gläubiger nachtheiligen Erfolg der Rechtshandlung gebildet. Dieser Schaden wird mit der Reparirung der Zwangsvollstreckungsmöglichkeit wieder ausgeglichen. Zu dem Zwecke kann der Gläubiger, dafern der Gegner aus § 3 Z. 1 und 2, oder aus § 11 Abs. 2 und mithin aus seinem Delict haftet, nach § 7 Abs. 1 des Anf.-Ges. beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde.

„Nicht zum Vermögen des Schuldners erfolgt die Rückgewähr (Motiven zu § 7 S. 663), noch hat der Gläubiger einen Anspruch auf die zurückzugewährende Sache in dem Sinne, daß sie ihm geleistet werde und in sein Vermögen übergehe. In derselben Weise, wie der Gläubiger, wenn die Sache im Vermögen des Schuldners geblieben wäre, gegen diesen sich aus derselben würde Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen können, ebenso hat der Empfänger die Zwangsvollstreckung in die Sache zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers über sich ergehen zu lassen. Stellt er die Sache dem Gläubiger in der Weise zur Verfügung, daß die Zwangsvollstreckung in dieselbe erfolgen kann, so ist damit seine Verpflichtung erfüllt; für die Kosten der Zwangsvollstreckung würde er dann mit seinem sonstigen Vermögen nicht aufzukommen haben."

Hat der Gläubiger bereits die Zwangsvollstreckung in ein Vermögensstück des Schuldners erlangt, und begegnet dem auf die anfechtbare Handlung gestützten Angriffe des Gegners, der sogenannten Executionsintervention (§ 690 der Civilprozeßordnung), mit der Anfechtungseinrede, so erschöpft sich die Wirkung der Anfechtung in der Zurückweisung des Angriffs. Hat der Gläubiger eine Forderung des Schuldners gepfändet (§ 730 flg. der Civilprozeßordnung), und es schützt nun der Schuldner des Schuldners einen anfechtbar erlangten Erlaß vor, so beschränkt sich in gleicher Weise die Wirkung der replicatorischen Anfechtung auf die Nichtbeachtung der Einrede. In allen Lagen ist dem Gläubiger die ungehinderte Durchführung der Vollstreckung zu gewähren.

Bezüglich des nach dem Charakter der anfechtbaren Rechtshandlung verschiedenen Inhaltes der Leistung des Gegners, soweit es sich um eine Rückgewähr handelt, kann im allgemeinen auf die Ausführungen in § 31, I, 1 verwiesen werden. Nur das begründet einen Unterschied, daß der Gegner die Leistung nicht „zum Vermögen des Schuldners" (§ 30 Abs. 1 der KO. S. 177) zu gewähren hat. Bei klagweiser Verfolgung des Anfechtungsrechts hat der Gläubiger den Umfang und die Art und Weise der Leistung des Gegners bestimmt zu bezeichnen, § 9 des Anf.=Ges. Seine Klage würde wegen Dunkelheit des Klagantrags der Abweisung nicht entgehen, wenn er allgemein die „Rückgewähr" des Veräußerten „soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist" verlangte. Die Motiven S. 665 heben verschiedene Möglichkeiten des Sachgesuchs hervor:

Hat der Schuldner Sachen (Mobilien oder Immobilien) anfechtbar veräußert, so wird zu petiren sein, „daß der Gegner wegen des der Forderung des Klägers gleichkommenden Betrages von 1000 ℳ die Pfändung (Hypothecirung) der Sache geschehen lasse" (dafern er die

Mobilie noch besitzt oder noch als Eigenthümer des Grundstückes eingetragen ist). Hat der Schuldner eine Mobilie verpfändet, so ist das Petitum ebenso zu fassen. Bei Verpfändung eines Grundstückes ist nach sächsischem Recht der Antrag auf Geschehenlassen der Löschung des Hypothekeneintrags zu richten. Auf Zahlung von Geld geht das Sachgesuch, sofern der Gegner die Zwangsvollstreckungsmöglichkeit nicht in Natur wiederverschaffen kann, z. B. wenn er die Sache veräußert oder verschlechtert, die ihm geleistete Zahlung mit seinem Gelde vermischt hat. Dagegen erscheint mir die Formulirung des Antrags nicht richtig, welche die Motiven in dem Falle des Erlasses einer Forderung gutheißen. Sie meinen, der Antrag habe hier auf Geldzahlung zu gehen. Allein die Möglichkeit der Vollstreckung ist dem Gläubiger verschafft, wenn die anfechtbar erlassene Forderung wiederhergestellt wird. Es muß daher genügen, wenn der Gegner verurtheilt wird, „eine Pfändung der anfechtbar erlassenen Forderung des Schuldners als einer dem Gläubiger gegenüber zu Recht bestehen gebliebenen bis zum Betrage des klägerischen Anspruchs (1000 ℳ) geschehen zu lassen." Mag dann der Gläubiger pfänden lassen und die Befugnisse des § 736 flg. der Civilprozeßordnung ausüben; mehr hätte er, wenn der Erlaß unterblieben wäre, auch nicht erreicht. Bei einer Veräußerung von Forderungen ist gleichfalls das Geschehenlassen der Pfändung derselben zu petiren, sowie, dafern es hierzu nach dem einschlagenden Particularrecht besonderer Maßnahmen des Forderungsinhabers bedarf, die Verschaffung einer Lage, daß der debitor cessus an Niemanden als an den pfändenden Gläubiger mit befreiender Wirkung zahlen kann. Die Rückcession der Forderung (an wen sollte sie auch erfolgen?) ist nicht zum Gegenstande des Gesuchs zu machen. Ist die anfechtbare Handlung in einem Vertheilungsverfahren zum Nachtheile des Gläubigers berücksichtigt, so ist genau anzugeben, welche Vertheilung der Masse hergestellt werden solle.

e) An Gegenansprüchen steht dem Anfechtungsgegner nur das Recht zu, die auf das Zurückzugewährende gemachten nothwendigen Verwendungen in Abzug zu bringen. Wurde doch durch sie auch zu Gunsten des Anfechtenden der Gegenstand der Rückgewähr erhalten oder gesichert.

Dagegen kann sich nach § 8 des Anf.-Gesetzes der Gegner wegen Erstattung einer Gegenleistung oder (anders der nicht glückliche § 7 Abs. 2 des Entwurfs, Motiven S. 664, 665) im Fall einer anfechtbaren Befriedigung wegen seiner Forderung nur an den Schuldner halten. Das Anfechtungsrecht außerhalb des Konkurses geht insoweit über die

Tragweite des dem Verwalter zustehenden (§§ 31 und 32 der KO.) ganz wesentlich hinaus.

f) Die Dauer der Haftung des aus § 3 Z. 1 des Anf.-Ges. Belangten ist in § 12 auf zehn Jahre von dem Zeitpunkte ab normirt, mit welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel (nicht auch die Ertheilung der Vollstreckungsklausel) erlangt hatte und seine Forderung fällig war, wenn aber die Rechtshandlung erst nach diesem Zeitpunkte vorgekommen ist, auf zehn Jahre seit der Vornahme der Handlung. Die Erlangung des vollstreckbaren Titels tritt für den Gläubiger z. B. mit der Verkündung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils, mit der Rechtskraft eines Endurtheils (§ 644 der Civilprozeßordnung; Hartmann, Anf.-Ges. S. 84), mit dem Abschlusse eines unbetagten Vergleiches u. s. w. ein.

Wegen Berechnung der zehnjährigen Frist vergl. § 31, I, 2 S. 178 und 179.

g) Die Haftung der Erben des seine Verschuldung vertretenden Gegners bestimmt sich nach dem in § 31, I, 4 S. 183 Gesagten. § 11 Abs. 1 des Anf.-Gesetzes.

h) Ebenso ist die Haftung des gutgläubigen Empfängers und seiner Erben übereinstimmend mit der Konkursordnung auf das Maß seiner Bereicherung beschränkt. § 7 Abs. 2 und 11 Abs. 1 des Anf.-Gesetzes. Vergl. § 31, II. S. 183 flg. und § 34 S. 191.

III. Theil.

Das Verhältniß der formellen Geltung der Anfechtungsvorschriften des gemeinen, sächsischen und deutschen Reichsrechts unter einander.

A. Das Verhältniß des gemeinen Rechts und des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 42.

Nach §§ 2 und 3 der Verordnung, die Publication des Bürgerlichen Gesetzbuchs betreffend, vom 2. Januar 1863, ist das gemeine Recht von der Anfechtungslehre mit der Aufnahme der §§ 1509—1518 in das Gesetzbuch für die Zeit nach dem Inkrafttreten des letzteren aufgehoben worden.

Nur denjenigen Vorschriften des gemeinen und früheren sächsischen Rechts, welche von der Entstehung, dem Inhalt und den Wirkungen

des den Gläubigern gemäß § 1509 flg. des Gesetzbuchs begründeten Forderungsrechts handeln, ist die Anwendbarkeit auf die vor dem Inkrafttreten des Gesetzbuchs, das ist dem 1. März 1865 liegenden Fälle gewahrt geblieben. § 18 der angez. Verordn. Die früher in einigen Fällen kürzere Frist der Verjährung ist dagegen durch § 16 derselben Verordnung für am 1. März 1865 noch laufende Verjährungen gänzlich beseitigt.

B. Das Verhältniß der §§ 22—34 der Deutschen Konkursordnung und des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 einerseits, zu dem gemeinen und sächsischen Recht andrerseits.

§ 43.

Mit dem Inkrafttreten der Reichs-Konkursordnung und des Reichs-Anfechtungsgesetzes am 1. October 1879 sind die bis dahin gültigen partikularrechtlichen Anfechtungsvorschriften principiell beseitigt. Die Anfechtbarkeit aller an oder nach dem 1. October 1879 vorgenommenen Rechtshandlungen ist deshalb nach den Reichsgesetzen zu beurtheilen. Diese Folge ergiebt sich stillschweigend aus §§ 8, 9, 4 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung vom 10. Februar 1877 und aus § 14 des Reichs-Anf.-Gesetzes in Verbindung mit Artikel 2 der Reichs-Verfassung.

Dagegen ist nicht ausgeschlossen, daß die Anfechtungsvorschriften des gemeinen und sächsischen Rechts auf die vor dem 1. October 1879 vorgenommenen Rechtshandlungen auch nach dem 1. October 1879 noch zur Anwendung gelangen.

§ 9 des Einf.-Ges. zur Konkursordnung und § 14 Abs. 2 des Anf.-Gesetzes sprechen zwar als Regel aus, daß die Reichsgesetze auch auf die vor dem 1. October 1879 vorgenommenen Rechtshandlungen Anwendung finden, also rückwirkende Kraft haben.

Die Regel wird aber durch folgende Ausnahmen durchbrochen:

1. Die früheren Anfechtungsvorschriften sind maßgebend, wenn die Anfechtung innerhalb eines vor dem 1. October 1879 eröffneten Konkursverfahrens stattfindet, (arg. der Worte des § 9 Einf.-Ges.: „in einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren") oder wenn die Anfechtung außerhalb des Konkurses bereits am 1. October 1879 rechtshängig gemacht war. (§ 14 Abs. 3 des Anf.-Ges.).

2. Wird die Anfechtung erst in einem seit dem 1. October 1879 eröffneten Konkursverfahren oder nach dem 1. October 1879 außer-

halb des Konkurses in Bezug auf vor diesem Tage liegende Rechtshandlungen ausgeübt, so bleiben die früheren Anfechtungsvorschriften insoweit anwendbar, als nach ihnen die fragliche Rechtshandlung der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen gewesen ist. § 9 des Einf.-Ges. zur Konkursordnung, und § 14 Abs. 2 des Anf.-Ges. Ueber die beiden Fragen also, ob und in welchem Umfange die früher erfolgte Rechtshandlung der Anfechtbarkeit ausgesetzt ist, entscheidet sozusagen das mildere Gesetz, das zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung vor dem 1. October in Kraft war. Beispielsweise gehören hierher folgende Fälle:

a) Die Delictsgattung des § 23 Z. 1 der Konkursordnung war sowohl dem gemeinen als dem sächsischen Recht unbekannt. Vor dem 1. October 1879 vorgenommene Rechtshandlungen, welche auf Grund des § 23 der Konkursordnung anfechtbar sein würden, können daher als der Anfechtung vormals entzogene vom Konkursverwalter auch in einem nach dem 1. October 1879 eröffneten Konkurse nicht umgestoßen werden.

b) Unentgeltliche Verfügungen verfallen nach § 25 der Konkursordnung und nach § 3 Z. 3 und 4 des Anf.-Gesetzes der Anfechtung, auch wenn der Schuldner die Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht hatte. In dieser Erweiterung entzogen die zeitherigen Rechte diese Akte der Anfechtung. Der nach dem 1. October 1879 zur Anfechtung Berufene wird deshalb das Erforderniß der Benachtheiligungsabsicht gemäß den früheren Gesetzen zu behaupten und zu beweisen haben.

c) Zahlung einer fälligen Schuld war nach gemeinem und sächsischem Recht, das Ausschlagen eines angefallenen Legates nach gemeinem Recht unanfechtbar. Geschahen sie bis zum 1. October 1879, so können sie auch nachher nicht angefochten werden.

d) Zahlung einer Schuld vor der Verfallzeit war nach § 1512 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs nur rücksichtlich des Zwischenzinses anfechtbar, nach den Reichsgesetzen (§ 14 S. 83) ist sie es ihrem ganzen Betrage nach. Der geringere Umfang des vormaligen sächsischen Rechts ist ausschlaggebend.

e) Der auf Grund einer Verschuldung haftende Gegner konnte gemeinrechtlich nach Ablauf eines Jahres von der venditio bonorum ab (§ 29, I, 2, c) nur noch auf die bei ihm vorhandene Bereicherung belangt werden. Dabei bewendet es, obwohl § 12 des Anf.-Ges. in dem gleichen Falle vielleicht die Anfechtung in weiteren Grenzen zulassen würde.

f) Besonders schwierig scheint mir die Frage nach der rückwirkenden Kraft der Rechtsvermuthungen in § 24 Z. 2 der Konkursordnung, § 3 Z. 2 des Anf.-Gesetzes, § 33 Abs. 2 Z. 2 der Konkursordnung, § 11 Abs. 2 Z. 2 des Anf.-Gesetzes. Zwar waren die Rechtshandlungen, auf welche sich die Verschiebung der Beweislast erstreckt, nach gemeinem und sächsischem Recht der Anfechtung nicht eigentlich entzogen. Aber sie waren dies doch in dem Maße, daß der Anfechtende sich nicht darauf beschränken konnte, die conscientia fraudis des Gegners unbehauptet und unbewiesen zu lassen, weil beide Rechte die gleichen Präsumtionen nicht anerkannten. Aus diesem Grunde entscheide ich mich hinsichtlich der vor dem 1. October 1879 liegenden Handlungen dahin, daß deren Anfechtung nur auf Grund der § 24 Z. 1, § 33 Abs. 2 Z. 1 der Konkursordnung, und § 3 Z. 1, § 11 Abs. 2 Z. 1 des Anf.-Ges. und ohne Berücksichtigung der Beweislaständerung durchgeführt werden kann.

3. In allen andern Fragen als den unter 2 herausgehobenen, daß die vor dem 1. October 1879 erfolgte Rechtshandlung nach den bis dahin geltenden gemeinrechtlichen oder sächsisch-rechtlichen Vorschriften der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen gewesen ist, kommt den Reichsgesetzen für eine nach dem 1. October 1879 ausgeübte Anfechtung rückwirkende Kraft zu. Handelt es sich um eine Anfechtung innerhalb des Konkurses, so ist daher nur der Verwalter und nicht etwa wie nach früherem Recht neben ihm der einzelne Gläubiger legitimirt; jener ist aber auch an die Verjährungsfrist des § 34 der Konkursordnung und an alle andern Anordnungen der Konkursordnung gebunden. Außerhalb des Konkurses kann nur derjenige einzelne Gläubiger, dem die Erfordernisse des § 2 des Anf.-Gesetzes zur Seite stehen, und nach Maßgabe dieses Gesetzes die Anfechtung geltend machen.

Vor allem sind auch die Reichsgesetze allein anwendbar, wenn der umgekehrte Fall von Ziffer 2 gegeben ist, das ist, wenn die Reichsgesetze eine Rechtshandlung der Anfechtung entziehen, oder in geringerem Umfange unterwerfen, wenn sie also milder sind als die früheren Gesetze. Das erstere ist z. B. der Fall hinsichtlich des Ausschlagens einer deferirten Erbschaft in Sachsen (§ 5 S. 38). Es gilt vornehmlich auch gegenüber denjenigen Partikularrechten, welche über die Principien der reichsgesetzlichen Anfechtungsnormen in dem Stücke hinausgingen, daß sie die dermalen anfechtbaren Handlungen mit dem Mangel der Nichtigkeit, der relativen Ungültigkeit u. s. w. behafteten. Insoweit ist dem Zwecke der gleichartigen partikularrechtlichen Vorschriften maß-

gebendes Gewicht beizulegen. Kam derselbe mit der von den Reichsgesetzen verfolgten Tendenz überein, die Verletzung der Befriedigungsrechte der Gläubiger zu repariren, so erreichen die Reichsgesetze den Zweck durch die Zulassung der blosen Anfechtung. Sie regeln auch die Anfechtungslehre vollständig und vollständig sein wollend, gegenüber den früheren weiter gehenden Tendenzen äußern sie daher gemäß § 9 des Einf.-Gesetzes zur Konkursordnung und § 14 Abs. 2 des Anf.-Gesetzes rückwirkende Kraft. Diese Argumentation schließt unter andern die fernere Anwendbarkeit des Sächs. Gesetzes vom 30. Juni 1868, eine Beschränkung der Wirksamkeit der von Ehegatten vorgenommenen Veräußerungen 2c. betreffend (§ 38), aus. Man mag über die Konstruktion des den Gläubigern durch § 1 dieses Gesetzes eingeräumten Befugnisses denken wie man will, und insbesondere auch der S. 209 flg. widerlegten Meinung zustimmen, daß zu Gunsten der Gläubiger bestimmten dinglichen Rechten durch das Gesetz die actio entzogen werde, immerhin wird man zuzugestehen haben, daß die ratio des Gesetzes (vergl. die S. 209 angezogenen Motiven) keine andere ist als die der §§ 22 bis 34 der Konkursordnung und des Reichs-Anfechtungsgesetzes: der thunlichst ausgiebige Schutz der durch eine Vermögensentäußerung ihres Schuldners benachtheiligten Gläubiger. Dieser Schutz wird von dem Sächsischen Gesetz offenbar mit einer Strenge ins Werk gesetzt, welche den Reichsgesetzen fremd ist. Die letzteren kennen weder eine unwiderlegliche Vermuthung einer Verschuldung des Gegners der Gläubiger noch eine relative Ungültigkeit der verletzenden Rechtshandlungen und sind dem dritten Erwerber des Veräußerten gegenüber wesentlich milder (§ 38 B, 5 a. E. S. 212). Sie entziehen demnach die betroffenen Akte insoweit der Anfechtung. Deshalb muß die Regel, daß sie dem sächsischen Recht derogiren, Anwendung finden. Die gleiche Ansicht wird neuerdings in Wengler's Archiv N. F. Bd. I. S. 625—631 vertreten, wo zutreffend auch bemerkt wird, daß die Landesgesetzgebung gegenwärtig nicht in der Lage sein würde, eine dem § 1 des Sächs. Gesetzes vom 30. Juni 1868 entsprechende Gesetzesvorschrift neu einzuführen.

In geringerem Umfange als vor dem 1. October 1879 läßt z. B. § 31 der Konkursordnung die Anfechtung in der Rücksicht zu, daß dem Gegner ein Anspruch auf Erstattung seiner Gegenleistung aus der Konkursmasse eingeräumt ist, soweit letztere um den Werth der Gegenleistung bereichert ist.

C. Das Verhältniß der §§ 22—34 der Konkursordnung und des Reichs-Anfechtungsgesetzes zu früheren reichsrechtlichen Anfechtungsvorschriften.

§ 44.

Für die Anfechtung außerhalb des Konkurses ist diese Frage um deswillen ohne Bedeutung, weil vor dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 reichsrechtliche Bestimmungen zur Regelung der gleichen Materie nicht bestanden haben.

Dagegen hat die Konkursordnung nach § 3 des Einf.-Ges. zu den in Reichsgesetzen adoptirten konkursrechtlichen Vorschriften und mithin auch zu denen, welche die Anfechtung innerhalb des Konkurses betreffen, nicht in Gegensatz treten sollen. Die Sätze des art. 259 des Handelsgesetzbuchs (§ 37 S. 206 flg.) bleiben daher neben ihr in Kraft. Die daraus entspringenden Anfechtungsrechte stehen den Gläubigern neben dem auf §§ 22—34 der KO. beruhenden Rechte des Verwalters nach den Grundsätzen der Klagenconcurrenz zur Auswahl. Motiven zu § 3 cit. S. 1564. So werden Abs. 1 und 2 des art. 259 neben § 23 Z. 1 und 2 und bez. § 24 der Konkursordnung und Abs. 3 desselben Artikels neben § 25 der Konkursordnung Platz greifen. Völdernndorff S. VIII zu § 3 des Einf.-Ges.; Wengler Anm. 8 zu § 3 des Einf.-Ges.; Wilmowski Anm. 1 zu § 25 S. 116; Stieglitz Bem. I. zu § 3 des Einf.-Ges. S. 721, 722; Petersen Bem. I. 2 zu § 3 des Einf.-Ges. S. 543, 544.

Anhang.

Die von der Anfechtungslehre vorzugsweise handelnden Römischen, Sächsischen und Deutschen Gesetze.

A. Römisches Recht.

I.

Institutiones IV. 6 § 6:

Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.

II.

Digesta XII. 2. *De jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali* **l. 9 § 5:**

ULPIANUS (lib. 22 ad edictum).

Sed et si quis in fraudem creditorum jusjurandum detulerit debitori, adversus exceptionem jurisjurandi replicatio fraudis creditoribus debet dari. praeterea si fraudator detulerit jusjurandum creditori, ut juret sibi decem dari oportere, mox bonis ejus venditis experiri volet, aut denegari debet actio aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

III.

Digesta XXII. 1. *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora,* **l. 38 pr. — § 4:**

PAULUS libro sexto ad Plautium.

Videamus generali, quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant. § 1. Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renunciata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt. sed et si per mulierem stetit, quo minus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere: ratio autem haec est, quod, si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei neglegere fundum. § 2. Item si indebitum fundum solvi et repeto, fructus quoque repetere debeo. § 3. Idemque est, si mortis causa fundus sit donatus et revaluerit qui donavit atque ita condictio nascatur. § 4. In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum *restituas*, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur.

IV.

Digesta XXXVI. 1 *ad Senatus consultum Trebellianum* **l. 67 §§ 1 et 2:**

VALENS lib. 3 fideicommissorum.

§ 1. Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris, citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem suspectam adibis et restitues mihi, quia et remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem creditores tuos tali commodo fraudare, et ego nihil turpiter faciam recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea creditores compellere te ut adires non potuerint.

§ 2. Sed et filius suus heres patri rogatus sit a patre hereditatem mihi restituere, cum suorum creditorum fraudandorum consilium inisset, tanquam suspectam ex decreto praetoris restituerit mihi, vix fraudatorio interdicto locus erit, quia bonis patris ejus venditis nihil proprium creditores ejus ex ea hereditate ferre potuerint: nisi forte proprii creditores filii audiri debeant, si postulent, ut dimissis patris ejus bona vendere sibi permittatur.

V.

Digesta XLII. 5 *de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis* **l. 6 §§ 1 et 2:**

PAULUS lib. 58 ad edictum.

§ 1. Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit.

§ 2. Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? si quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum Julianus ait, ne alterius aut negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri aut communicandum quod accepisti: et hoc Julianus ait. apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. etc.

l. 25:

ULPIANUS lib. 64 ad edictum.

Ait praetor: *Quod postea contractum erit, quam is, cujus bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.*

VI.

Digesta XLII. 8 *Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur:*

1. ULPIANUS lib. 66 ad edictum.

Ait praetor: *Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.* § 1. Necessario Praetor hoc edictum proposuit, quo edicto consuluit creditoribus revocando ea, quaecunque in fraudem eorum alienata sunt. § 2. Ait ergo Praetor *Quae fraudationis causa gesta erunt.* haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum. quodcunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecunque fuerit: nam late ista verba patent. sive ergo rem alienavit sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit,

2. IDEM lib. 73 ad edictum.

idem erit probandum: et si pignora liberet vel quem alium in fraudem creditorum praeponat

3. IDEM lib. 66 ad edictum.

vel ei praebuit exceptionem sive se obligavit fraudandorum creditorum causa sive numeravit pecuniam vel quodcunque aliud fecit in fraudem creditorum, palam est edictum locum habere. § 1. Gesta fraudationis causa accipere debemus non solum ea, quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera ad judicium non adfuit vel litem mori patiatur vel a debitore non petit, ut tempore liberetur, aut usum fructum vel servitutem

amittit. § 2. Et qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet, ad hoc edictum pertinet.

4. PAULUS lib. 68 ad edictum.

In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod debet facere, intelligendum est, id est si non utatur servitutibus:

5. GAJUS lib. 26 ad edictum provinciale.

sed et si rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat.

6. ULPIANUS lib. 66 ad edictum.

Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. § 1. Unde si quis ideo conditioni non paret, ne committatur stipulatio, in ea conditione est, ne faciat huic edicto locum. § 2. Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim adquirere, non suum proprium patrimonium deminuit. § 3. Simili modo dicendum est et si filium suum emancipavit, ut suo arbitrio adeat hereditatem, cessare hoc edictum. § 4. Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum, quod Julianus quoque scribit. § 5. Si servum suum heredem institutum alienavit, ut jussu emptoris adeat, si quidem in venditione nulla fraus est, sed in hereditate sit, cessat edictum, quia licuit ei etiam repudiare hereditatem: at si in ipsa servi alienatione fraus est, revocabitur, quemadmodum si eum in fraudem manumisisset. § 6. Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat: eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque. § 7. Sciendum Julianum scribere eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque caeteris creditoribus: neque enim debuit praeripere caeteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset. § 8. Hoc edictum eum coërcet, qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat: quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is qui cepit ignoravit, cessare videntur verba edicti. § 9. Praeterea illud sciendum est eum, qui consentientibus creditoribus aliquid a fraudatore vel emit vel stipulatus est vel quid aliud contraxit, non videri in fraudem creditorum fecisse: nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt. § 10. Si quid cum pupillo gestum sit in fraudem creditorum, Labeo ait omnimodo revocandum, si fraudati sint creditores, quia pupilli ignorantia, quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus et ipsi lucrosa: eoque jure utimur. § 11. Simili modo dicimus et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores: nec videtur injuria adfici is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. in hos tamen, qui ignorantes ab eo qui solvendo non sit liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non. § 12. Simili modo quaeritur, si servus ab eo, qui solvendo non sit, ignorante domino ipse sciens rem acceperit, an dominus teneretur. et ait Labeo hactenus eum teneri, ut restituat quod ad se pervenit aut dumtaxat de peculio damnetur vel si quid in rem ejus versum est. eadem in filio familias probanda sunt. sed si dominus scit, suo nomine convenietur. § 13. Item si necessarius heres legata praestiterit, deinde ejus bona venierint, Proculus ait, etiam si ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam: quod nequaquam dubium est. § 14. Hujus actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis.

7. PAULUS lib. 62 ad edictum.

Si debitor in fraudem creditorum minore pretio fundum scienti emptori vendiderit, deinde hi, quibus de revocando eo actio datur, eum petant, quaesitum est, an pretium restituere debent. Proculus existimat omnimodo

restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur: et rescriptum est secundum Proculi sententiam.

8. VENULEJUS SATURNINUS lib. 6 interdictorum.

Ex his colligi potest ne quidem portionem emptori reddendam ex pretio: posse tamen dici eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam, ut, si nummi soluti in bonis exstent, jubeat eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.

9. PAULUS lib. 62 ad edictum.

Is, qui a debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit: quaesitum est, an secundus emptor conveniri potest. sed verior est Sabini sententia bona fide emptorem non teneri, quia dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemadmodum diximus non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit: is autem, qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur.

10. ULPIANUS lib. 73 ad edictum.

Ait Praetor: *Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam.* § 1. Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. caeterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est, si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio: si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit revocationi locum fore. secundum hanc distinctionem et ab imperatore Severo et Antonino rescriptum est eoque jure utimur. § 2. Quod ait praetor *sciente*, sic accipimus *te conscio et fraudem participante:* non enim si simpliciter scio illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est. § 3. Si quis particeps quidem fraudis non fuit, verumtamen vendente debitore testato conventus est a creditoribus, ne emeret, an in factum actione teneatur, si comparaverit? et magis est, ut teneri debeat: non enim caret fraude, qui conventus testato perseverat. § 4. Alias autem qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter sine fraudis conscientia, non videtur hac actione teneri. § 5. Ait praetor *sciente te*, id est eo, qui convenietur hac actione. quid ergo, si forte tutor pupilli scit, ipse pupillus ignoravit? videamus, an actioni locus sit, ut scientia tutoris noceat: idem et in curatore furiosi et adolescentis. et putem hactenus istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit. § 6. Praeterea sciendum est posse quaeri, quod dicitur in fraudem creditorum alienatum revocari posse, si idem sint creditores: etsi unus creditor sit ex illis, qui fraudati sunt, sive solus tunc fuit sive, cum caeteris satisfactum est, hic solus remansit, probandum esse adhuc actioni fore locum. § 7. Illud certe sufficit, et si unum scit creditorem fraudari, caeteros ignoravit, fore locum actioni. § 8. Quid ergo, si ei, quem quis scit, satisfactum est? numquid deficiat actio, quia qui supersunt, non sunt fraudati? et hoc puto probandum: non tamen si dicat aliquis: *Offero, quod debetur ei, quem scio creditorem,* audiendus erit, ut actionem eludat. § 9. Si fraudator heredem habuit et heredis bona venierint, non est in bonis quibus de agitur factum et ideo cessat haec actio. § 10. Si quid in fraudem creditorum fecerit filius, qui se poterat abstinere, et in integrum sit restitutus, quod se miscuerat, vel si quis fecit voluntarius etiam vel per aetatem vel quam aliam causam justam in integrum meruit restitutionem, dicendum erit utilem actionem competere. idem et in servo necessario. sane cum illa distinctione hoc admittendum esse Labeo scribit, ut, si quidem protinus bona vendiderunt creditores vel absentibus vel paciscentibus creditoribus se necessarius miscuit, utriusque fraus revocetur, id est testatoris et ipsius: si vero passi sunt necessarium creditores et quasi in creditum habuerunt no-

men ejus vel dulcitudine usurarum vel qua alia ratione secuti sunt, dicendum est nihil revocari ex his, quae testator alienavit. § 11. Si impubes patri heres extiterit ejusque mortui bona veneant, separatione impetrata utriusque fraus erit revocanda, pupilli vel etiam tutoris, item curatoris. § 12. Si, cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri. § 13. Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum. § 14. Si, cum mulier fraudandorum creditorum consilium inisset, marito suo eidemque debitori in fraudem creditorum acceptum debitum fecerit dotis constituendae causa, locum habet haec actio et per hanc omnis pecunia, quam maritus debuerat, exigitur nec mulier de dote habet actionem: neque enim dos in fraudem creditorum constituenda est: et hoc certo certius est et saepissime constitutum. exitus autem actionis erit, ut stipulatio, quae accepta facta fuerat, ex integro interponatur. § 15. Per hanc actionem et ususfructus et hujusmodi stipulatio: *in annos singulos dena dare spondes?* exigi potest. § 16. Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam et abstulissem ei id quod mihi debeatur, placet Juliani sententia dicentis multum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit an postea: si ante, cessare in factum actionem, si postea, huic locum fore. § 17. Si ex constitutione divi Marci bona sint addicta alicui libertatium conservandarum causa, dicendum erit actionem cessare: ita enim succedunt, ut rata sint, quae paterfamilias gesserat. § 18. Annus hujus in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum. § 19. Per hanc actionem res restitui debet cum sua scilicet causa. § 20. Et fructus, non tantum qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt, sed cum aliquo modo, scilicet ut sumptus facti deducantur: nam arbitrio judicis non prius cogendus est rem restituere, quam si impensas necessarias consequatur: idemque erit probandum et si quis alios sumptus ex voluntate fidejussorum creditorumque fecerit. § 21. Partum quoque in hanc actionem venire puto verius esse. § 22. Praeterea generaliter sciendum est ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset. propter quod etiam medii temporis commodum, quod quis consequeretur liberatione non facta, praestandum erit, dum usurae non praestentur, si in stipulatum deductae non fuerunt, aut si talis contractus fuit, in quo usurae deberi potuerunt etiam non deductae. § 23. Si conditionalis fuit obligatio, cum sua conditione, si in diem, cum sua die restauranda est. si tamen ea erat, cujus dies finitur, potest dici restitutionem intra id tempus posse postulari, quod tempus supererat obligationi, non utique intra annum. § 24. Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit. sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id quod ad eum pervenit dolove malo ejus factum est, quominus perveniret. § 25. Haec actio heredi caeterisque successoribus competit: sed et in heredes similesque personas datur.

11. VENULEJUS SATURNINUS lib. 6 interdictorum.

Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem pervenit.

12. MARCELLUS lib. 18 digestorum.

Si pater filio familias liberam peculii administrationem dederit, non videtur ei et hoc concessisse, ut in fraudem creditorum alienaret: talem enim alienationem non habet. at si hoc quoque concessit filio pater, ut vel in fraudem creditorum facere possit, videbitur ipse fecisse et sufficient competentes adversus eum actiones. etenim filii creditores etiam patris sunt creditores, cum ejus generis videlicet habebunt actionem, ut his de peculio praestari necesse sit.

13. PAULUS lib. 68 ad edictum.

Illud constat eum qui pignus tenet hac actione non teneri: suo enim jure et ut pignus, non rei servandae causa possidet.

14. ULPIANUS lib. 6 disputationum.

Hac in factum actione non solum dominia revocantur, verum etiam actiones restaurantur. ea propter competit haec actio et adversus eos, qui res non possident, ut restituant, et adversus eos, quibus actio competit, ut actione cedant. proinde si interposuerit quis personam Titii, ut ei fraudator res tradat, actione mandati cedere debet. ergo et si fraudator pro filia sua dotem dedisset sciente fraudari creditores, filia tenaetur, ut cedat actione de dote adversus maritum.

15. JULIANUS lib. 49 digestorum.

Si quis, cum haberet Titium creditorem et sciret se solvendo non esse, libertates dederit testamento, deinde dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere coeperit et eodem testamento manente decesserit: libertates datae ratae esse debent, etsi hereditas solvendo non sit, quia, libertates ut rescindantur, utrumque in eorundem persona exigimus et consilium et eventum et, si quidem creditor, cujus fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum qui fraudatur consilium initum non est. libertates itaque ratae sunt,

16. PAULUS lib. 5 responsorum Papiniani.

nisi priores pecunia posteriorum dimissi probentur.

17. JULIANUS lib. 49 digestorum.

Omnes debitores, qui in fraudem creditorum liberantur, per hanc actionem revocantur in pristinam obligationem. § 1. Lucius Titius cum haberet creditores, libertis suis isdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. respondit: quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse: ideoque et si filii ejus ignoraverunt hanc mentem patris sui fuisse, hac actione tenentur. § 2. Si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit, hac actione mulier tantum praestabit, quanti creditorum intererat dotem suo tempore reddi: nam praetor fraudem etiam in tempore fieri intellegit.

18. PAPINIANUS lib. 26 quaestionum.

Etsi pignus vir uxori vel uxor viro remiserit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium. quod sine dubio, si in fraudem creditorum fiat, actione utili revocabitur. idemque est et si quivis debitor in fraudem creditorum pignus omiserit.

19. IDEM lib. 11. responsorum.

Patrem, qui non expectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit omissa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi non creditores fraudasse.

20. CALLISTRATUS lib. 2 quaestionum.

Debitorem, qui ex senatus consulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere.

21. SCAEVOLA lib. 1 responsorum.

Debitor in fraudem creditoris cum vicino de finibus pignori dati fundi pactus est: quaesitum, an is, qui a creditore emit, de finibus agere possit. respondit secundum ea quae proponerentur non idcirco minus agere posse, quod debitor ignorante creditore pactus esset.

22. IDEM lib. 5 responsorum.

Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem caeterorum creditorum factum nullius momenti esset. respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod, in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via juris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.

23. IDEM lib. 32 digestorum.

Primo gradu scripti heredes cum animadverterent bona defuncti vix ad quartam partem aeris alieni sufficere, famae defuncti conservandae gratia ex consensu creditorum auctoritate praesidis provinciae secundum constitutionem ea conditione adierunt hereditatem, ut creditoribus dumtaxat partem praestarent: quaesitum est, an manumissi testamento et libertates et alimenta consequi possint. respondit libertates quidem, si in fraudem creditorum datae non essent, competere, legata vero, si solvendo hereditas non esset, non deberi.

24. IDEM lib. sing. quaestionum publice tractatarum.

Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit: mox abstinuit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id quod accepit creditor revocandum sit, ne melioris conditionis sit quam caeteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit an non, ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam caeteri creditores fuerint laturi: sin vero juste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id quod acceperit creditor revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant. quid ergo, si, cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is obtulerit mihi an ego illi extorserim invito et, si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur? sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci, *ius civile vigilantibus scriptum est:* ideoque non revocatur id quod percepi.

25. VENULEJUS lib. 6 interdictorum.

Si fraudator fideiussori suo scienti acceptum tulerit, si et reus non ignoraverit, uterque tenebitur, si minus, is qui scierit. si tamen ille, cui acceptum factum est, solvendo non sit, videndum est, an in reum, etiamsi ignoraverit, actio danda sit, quia ex donatione capit. contra si reo scienti acceptum latum sit, fideiussor quoque, si et ipse scierit, tenebitur: si vero ignoraverit, numquid non aeque actio in eum dari debeat, quoniam magis detrimentum non patitur, quam lucrum faciat? in duobus autem reis par utriusque causa est. § 1. Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione et, si restituerit eam, desinit dotem habere: nec quicquam emancipatae divortio facto restituturum Labeo ait, quia haec actio rei restituendae gratia, non poenae nomine daretur ideoque absolvi solet reus, si restituerit. sed si priusquam creditores cum eo experirentur, reddiderit filiae dotem judicio dotis nomine conventus, nihilo minus eum hac actione teneri Labeo ait nec ullum regressum habiturum ad mulierem: sin vero sine judice, videndum, an ulla repetitio competat ei. quod si is ignoraverit, filia autem scierit, tenebitur filia: si vero uterque scierit, uterque tenebitur. at si neuter scierit, quidam existimant nihilo minus in filiam dandam actionem, quia intellegitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse, aut certe cavere eam debere, quod consecuta fuerit se restituturam: in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit. § 2. Item si extraneus filiae familiae nomine fraudandi causa dotem dederit, tenebitur maritus, si scierit: aeque mulier: nec minus et pater, si non ignoraverit, ita ut caveat, si ad se dos pervenerit, restitui eam. § 3. Si procurator ignorante domino, cum sciret debitorem ejus fraudandi cepisse consilium, jussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus. § 4. Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent, quia in bonis fraudatoris fuerunt, item eos, qui post inchoatum judicium recepti sint: medio autem tempore perceptos in restitutionem non venire. item partum ancillae per fraudem alienatae medio tempore editum in restitutionem non venire, quia in bonis non fuerit. § 5. Proculus ait, si mulier post alienationem conceperit et antequam ageretur, pepererit, nullam esse dubitationem, quin partus restitui non debeat: si vero, cum alienaretur, praegnas fuerit, posse dici partum quoque restitui oportere. § 6. Fructus autem fundo cohaesisse non satis intellegere

se Labeo ait, utrum dumtaxat qui maturi an etiam qui immaturi fuerint, praetor significet: ceterum etiamsi de his senserit, qui maturi fuerint, nihilo magis possessionem restitui oportere. nam cum fundus alienaretur, quod ad eum fructusque ejus attineret, unam quandam rem fuisse, id est fundum, cujus omnis generis alienationem fructus sequi: nec eum, qui hiberno habuerit fundum centum, si sub tempus messis vindemiaeve fructus ejus vendere possit decem, idcirco duas res, id est fundum centum et fructus decem eum habere intelligendum, sed unam, id est fundum centum, sicut is quoque unam rem haberet, qui separatim solum aedium vendere possit. § 7. Haec actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Mela non putabat in fraudatorem eam dandam, quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur et iniquum esset actionem dari in eum, cui bona ablata essent. si vero quaedam disperdidisset, si nulla ratione reciperari possent, nihilominus actio in eum dabitur et praetor non tam emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam.

VII.

Digesta XLVI. 3 *de solutionibus et liberationibus* **l. 96 pr.:**

PAPINIANUS lib. 11 responsorum.

Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit.

VIII.

Digesta L. 17 *de diversis regulis juris antiqui* **l. 129 pr.:**

PAULUS lib. 21 ad edictum.

Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit.

IX.

Cod. VII. 75 *de revocandis his quae per fraudem alienata sunt.*

1. Imp. ANTONINUS A. Caesiae.

Si heres post aditam hereditatem ad eum cui cessit corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. si igitur in fraudem tuam id fecit, bonis ejus excussis usitatis actionibus, si tibi negotium fuerit gestum, ea quae in fraudem alienata probabuntur revocabis.

2. Imp. ALEXANDER A. Symphorianae.

Si successione patris abstenta fuisti, ob ea quae in dotem data sunt convenire te creditores nequeunt, quibus pignerata in dotem data non docentur, nisi bonis defuncti non sufficientibus in fraudem creditorum dotem constitutam probabitur.

3. Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. Acyndino.

Si paterna hereditate abstinuisti nec quicquam in fraudem creditorum ex bonis ejus in te donationis jure transscriptum est, a privatis creditoribus praeses provinciae conveniri te non patietur.

4. Idem AA. et CC. Epagatho.

Filios debitoris ei succedentes velut in creditorum fraudem alienatorum facultatem revocandi non habere notissimi juris est.

5. Idem AA. et CC. Crescentino.

Ignoti juris non est adversus eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit nec defenditur, bonis possessis itemque distractis per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta creditoribus esse consultum.

6. Idem AA. et CC. Menandrae.

Si actu solemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem intra annum in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quo minus possit, edicto perpetuo tantum actionem permitti.

B. Sächsisches Recht.

I.

Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch. §§ 1509—1518:

§ 1509. Wenn ein Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, sein Vermögen durch Veräußerung so mindert, daß sie von ihm gar nicht oder nicht ganz befriedigt werden können, so sind sie zur Anfechtung dieser Veräußerung berechtigt, so weit es zu ihrer Befriedigung nöthig ist.

§ 1510. Als Veräußerung gilt jede Vermögensminderung, sie beziehe sich auf Sachen, Rechte an Sachen oder auf Forderungen.

§ 1511. Wenn der Schuldner Sachen an Zahlungsstatt giebt, oder für eine vorhandene Schuld ein Pfand bestellt, so gilt dieß als Veräußerung. Die Ausschlagung eines Erwerbes ist nicht als Veräußerung zu betrachten, ausgenommen die Ausschlagung einer Erbschaft, oder eines Vermächtnisses, oder einer Anwartschaft.

§ 1512. In der Zahlung einer Schuld vor ihrer Verfallzeit liegt eine Veräußerung nur rücksichtlich des Betrages der Zinsen in der Zwischenzeit von der Zahlung bis zur Verfallzeit. Zahlung einer fälligen Schuld ist nicht als Veräußerung zu betrachten.

§ 1513. Die Veräußerung kann gegen den Empfänger des veräußerten Gegenstandes angefochten werden, wenn er um die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gewußt hat. Nur wenn die Veräußerung eine unentgeltliche oder wenn der Empfänger handlungsunfähig oder in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt ist, kommt auf diese Wissenschaft nichts an.

§ 1514. Hat der Empfänger, gleichviel ob die Veräußerung eine entgeltliche oder eine unentgeltliche war, um die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gewußt, so ist er zur Rückerstattung nicht vertretbarer Sachen nach den Vorschriften über die Eigenthumsklage wider den unredlichen Besitzer verpflichtet. Rechte Dritter, welche er in der Zwischenzeit auf die Sache gelegt, hat er zu beseitigen. Vertretbare Sachen sind in gleicher Menge von derselben Gattung und Güte zurückzuerstatten.

§ 1515. Bestand die Veräußerung in der Bestellung, Abtretung oder Erlassung von Rechten, so sind, wenn die Voraussetzungen im § 1514 vorliegen, die im Grundbuche eingetragenen Rechte an Sachen zur Löschung zu bringen, andere Rechte an Sachen wieder aufzuheben, Forderungen zurück abzutreten und erlassene Rechte an Sachen oder erlassene Forderungen wiederherzustellen.

§ 1516. Hat der Empfänger für das Empfangene eine Gegenleistung gegeben, so kann er deren Gegenstand zurückfordern, soweit dieser im Vermögen des Schuldners vorhanden ist.

§ 1517. Hat der Empfänger, welcher den Gegenstand der Veräußerung unentgeltlich erhielt, in redlichem Glauben gestanden, oder ist er zur Zeit der Veräußerung handlungsunfähig oder seine Handlungsfähigkeit beschränkt gewesen, so haftet er den Gläubigern soweit er bereichert ist.

§ 1518. Hat der Empfänger anderweit an einen Dritten veräußert, so haftet auch der Dritte und jeder spätere Erwerber nach §§ 1514 bis

1517, jedoch nur, wenn er im Falle der Unentgeltlichkeit der ersten Veräußerung um die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gewußt, im Falle der Entgeltlichkeit der ersten Veräußerung aber, wenn er nicht blos diese Absicht des Schuldners, sondern auch die Wissenschaft des ersten Erwerbers um diese Absicht gekannt hat.

II.

Sächsisches Gesetz, eine Beschränkung der Wirksamkeit, der von Ehegatten vorgenommenen Veräußerungen, das Verfahren auf Einsprüche Dritter bei Hülfsvollstreckung und einige Bestimmungen über die Zwangsversteigerung betreffend; vom 30. Juni 1868. §§ 1 und 2:

I. Veräußerungen von Seiten der Ehegatten.

§ 1. Bewegliche Sachen, welche ein Ehegatte während der Ehe aus seinem Vermögen veräußert hat, können von dem anderen Ehegatten, sowie von Verwandten in auf- und absteigender Linie und von voll- und halbbürtigen Geschwistern eines der Ehegatten, ingleichen von den Ehegatten dieser Verwandten gegenüber einem Gläubiger, zu dessen Befriedigung wegen einer an den veräußernden Ehegatten während der Ehe entstandenen Forderung bei der Hülfsvollstreckung gegen denselben jene Sachen abgepfändet werden sollen oder abgepfändet worden sind, sowie beim Konkurse zum Vermögen dieses Ehegatten nicht in Anspruch genommen werden.

§ 2. Der auf Grund der Bestimmung im § 1 durch die Hülfsvollstreckung oder durch die Konkurseröffnung Beschädigte kann nach Befinden einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Schuldner erheben, wider den die eine oder die andere Maßregel verfügt worden ist.

Die Ehefrau hat wegen eines solchen Anspruchs im Konkurse zum Vermögen des Ehemanns kein Vorzugsrecht.

C. Deutsches Reichsrecht.

I.

Deutsche Konkursordnung. Erstes Buch. Dritter Titel. §§ 22—34:

Anfechtung.

§ 22. Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

§ 23. Anfechtbar sind:

1. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden, wenn dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war; sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlnngen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der

Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;

2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

§ 24. Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen, entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners

   mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe,

   mit seinem oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

   sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.

§ 25. Anfechtbar sind:

1. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;
2. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsgu s oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

§ 26. Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.

§ 27. Wechselzahlungen des Gemeinschuldners können auf Grund des § 23 Nr. 1 von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.

Die gezahlte Wechselsumme muß von dem letzten Wechselregreßschuldner oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte,

von diesem erstattet werden, wenn dem letzten Wechselregreßschuldner oder dem Dritten zu der Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben ließ, einer der im § 23 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war.

§ 28. Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

§ 29. Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt.

§ 30. Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

§ 31. Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

§ 32. Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.

§ 33. Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen;
2. wenn er zu den im § 24 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte.

§ 34. Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens.

II.

Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879. §§ 1—14:

§ 1. Rechtshandlungen eines Schuldners können außerhalb des Konkursverfahrens zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers als diesem gegenüber unwirksam nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

§ 2. Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist, befugt, sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde.

§ 3. Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile

bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat;

2. die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs geschlossenen entgeltlichen Verträge des Schuldners
   mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

   sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war;
3. die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;
4. die in den letzten zwei Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

§ 4. Hat der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte oder seine Forderung fällig war, denjenigen, welchem gegenüber eine im § 3 Nr. 2 bis 4 bezeichnete Rechtshandlung vorgenommen ist, von seiner Absicht, die Handlung anzufechten, durch Zustellung eines Schriftsatzes in Kenntniß gesetzt, so wird die Frist von dem Zeitpunkte der Zustellung zurückgerechnet, sofern schon zu dieser Zeit der Schuldner zahlungsunfähig war und bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit diesem Zeitpunkte der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden ist.

§ 5. Die Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede kann erfolgen, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel für die Forderung erlangt ist; der Gläubiger hat denselben jedoch vor der Entscheidung binnen einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist beizubringen.

§ 6. Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

§ 7. Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

§ 8. Wegen Erstattung einer Gegenleistung oder im Fall einer

anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung kann der Empfänger sich nur an den Schuldner halten.

§ 9. Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Klagantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll.

§ 10. Liegt ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers oder ein unter Vorbehalt ergangenes Urtheil (Civilprozeßordnung §§ 502, 562) vor, so ist in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urtheile die Vollstreckung desselben davon abhängig zu machen, daß die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird.

§ 11. Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen;
2. wenn er zu den im § 3 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte.

Zur Erstreckung der Fristen in Gemäßheit des § 4 genügt die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird.

§ 12. Das Anfechtungsrecht auf Grund des § 3 Nr. 1 verjährt in zehn Jahren seit dem Zeitpunkte, mit welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte und seine Forderung fällig war, wenn aber die Rechtshandlung nach diesem Zeitpunkte vorgenommen ist, erst seit der Vornahme der Handlung.

§ 13. Wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet, so steht die Verfolgung der von Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche dem Konkursverwalter zu. Aus dem Erstrittenen sind dem Gläubiger die Prozeßkosten vorweg zu erstatten.

Ist das Verfahren über den Anfechtungsanspruch noch rechtshängig, so wird dasselbe unterbrochen. Im Fall einer Verzögerung der Aufnahme kommen die Bestimmungen der Civilprozeßordnung § 217 zur entsprechenden Anwendung. Der Konkursverwalter kann den Anspruch nach den Vorschriften der Konkursordnung §§ 30 bis 32, 34 in Gemäßheit der §§ 240, 491 der Civilprozeßordnung erweitern. Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann derselbe rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei aufgenommen werden. Durch die Ablehnung der Aufnahme wird die Befugniß des Verwalters, nach den Vorschriften der Konkursordnung das Anfechtungsrecht auszuüben, nicht ausgeschlossen.

Soweit der Gläubiger aus dem Zurückzugewährenden eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hatte, finden auf die Anfechtung derselben die Vorschriften des § 23 Nr. 1 der Konkursordnung entsprechende Anwendung.

Nach der Beendigung des Konkursverfahrens können Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes verfolgt werden, soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. War der Anspruch nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens rechtshängig, so wird die im § 3 Nr. 2 bis 4 bestimmte Frist von diesem Zeitpunkte berechnet, sofern die Rechtshängigkeit bis zum Ablauf eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens eintritt.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den Konkursgläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Maßgabe dieses Gesetzes angefochten werden.

§ 14. Dieses Gesetz tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit der Konkursordnung in Kraft.

Dasselbe findet auch auf die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtshandlungen Anwendung, sofern sie nicht nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen sind.

Ist der Anfechtungsanspruch zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes rechtshängig, so bleiben für die Entscheidung des Rechtsstreits die Vorschriften der bisherigen Gesetze maßgebend.

Kruis